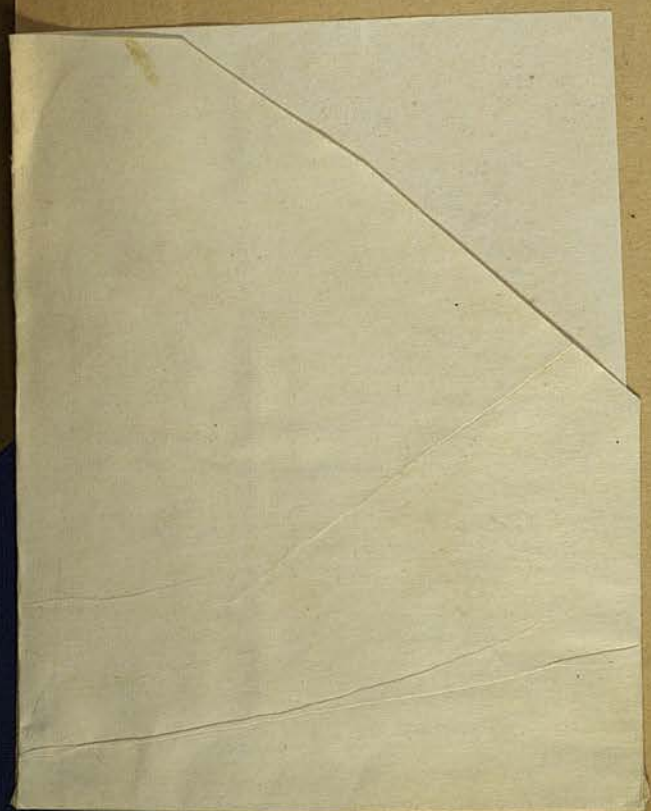
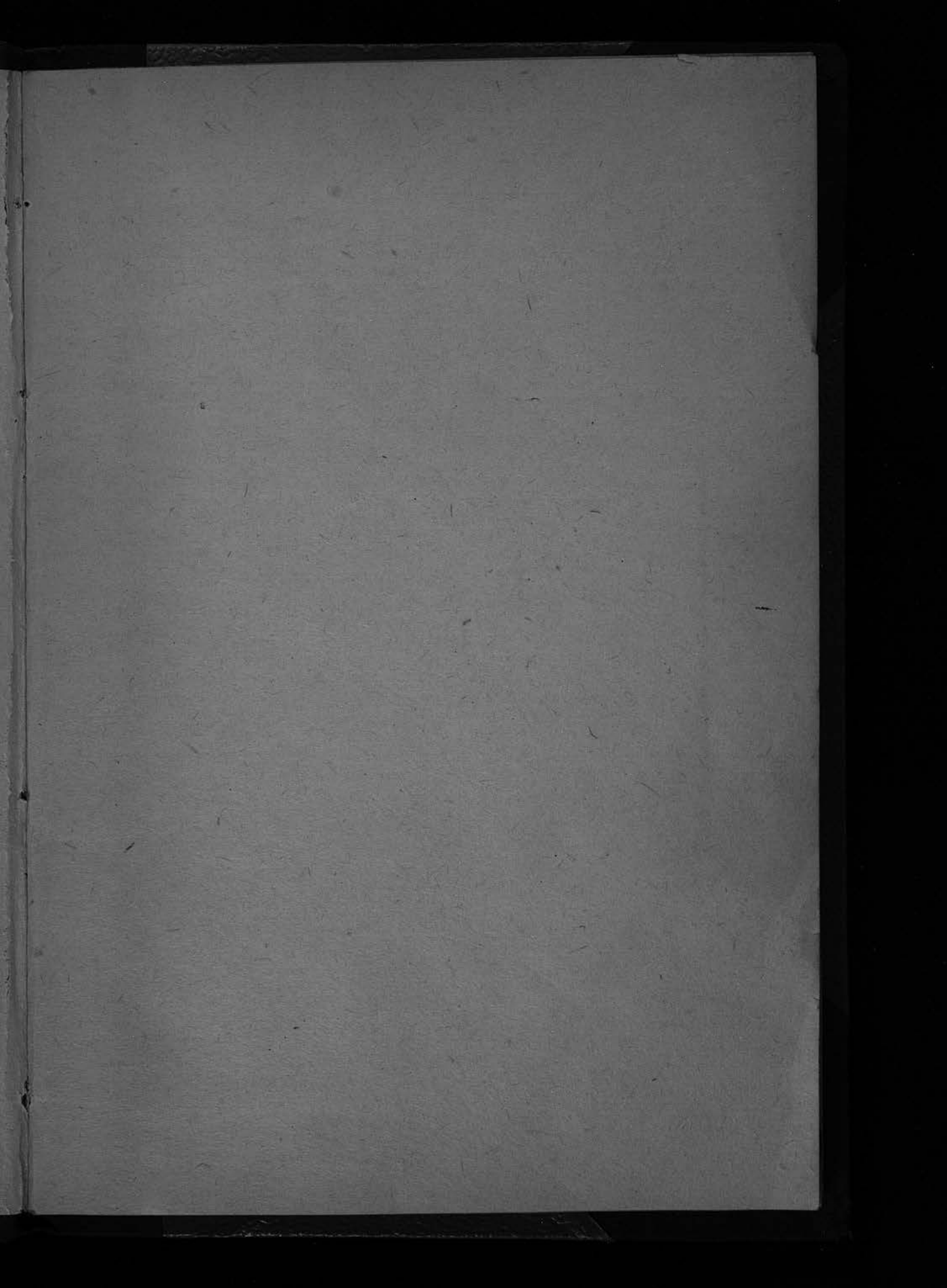
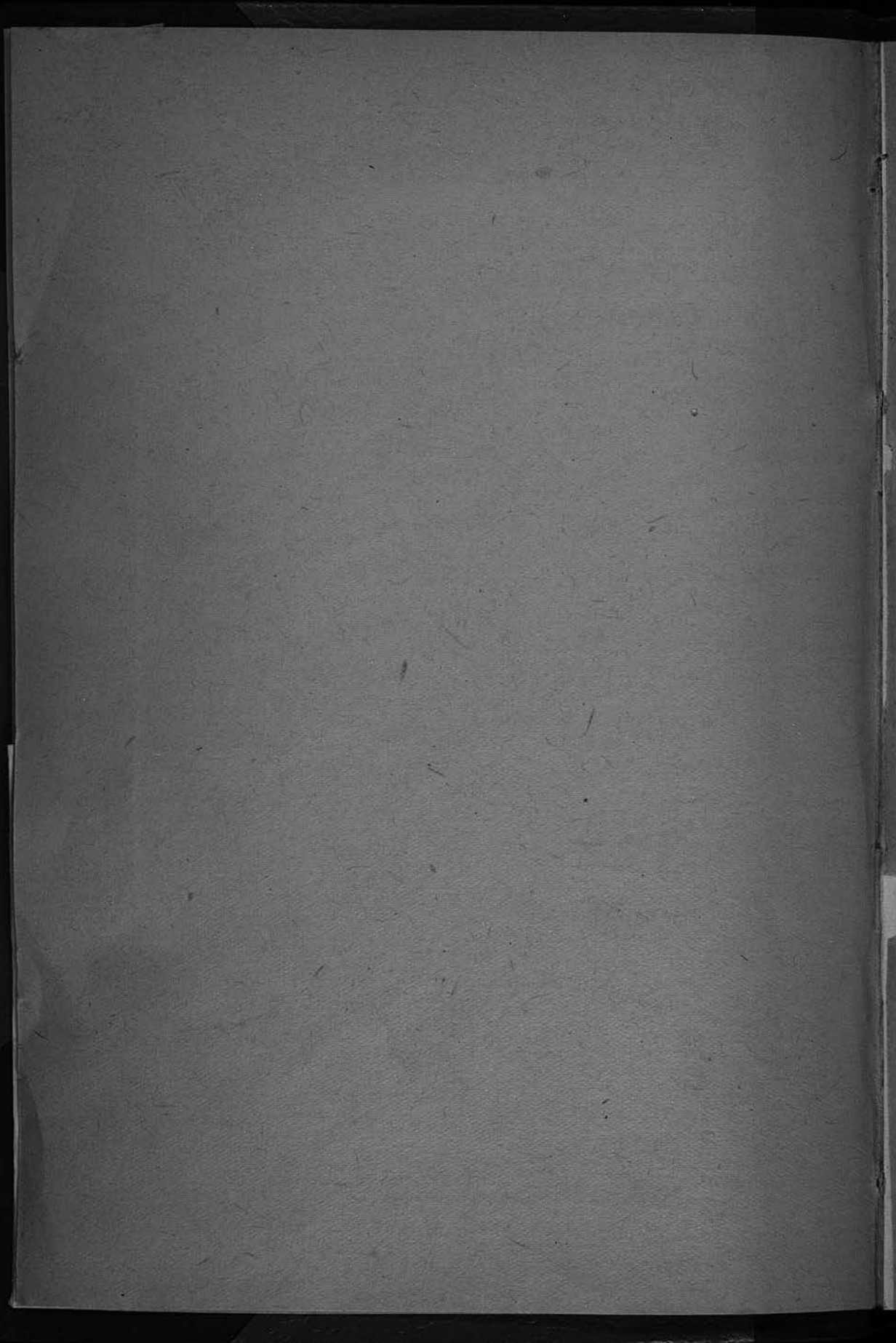








37.02.4.293.

М. И. БРУНЪ.

ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОКЪ

ВЪ

МЕЖДУНАРОДНОМЪ ЧАСТНОМЪ ПРАВѢ.

ПЕТРОГРАДЪ

Сенатская типографія

1916.

1917

10/1/1917

Напечатано въ Январьской и Февральской книгахъ Жур-
нала Министерства Юстиціи за 1916 годъ.

М. И. БРУНЪ.

ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОКЪ

ВЪ

МЕЖДУНАРОДНОМЪ ЧАСТНОМЪ ПРАВѢ.

ПЕТРОГРАДЪ
Сенатская типографія
1916.

Настоящая монографія представляетъ распространенное со-
держаніе одной лекціи изъ курса международного частного
права, читаннаго въ Московскомъ Коммерческомъ Институтѣ
въ 1908—1916 г.г.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ:

страница	строка	напечатано	слѣдуетъ
5	25 и 31	17 ст. пол.	17 ст. проекта пол.
6	8	пола	пола,
16	17	говорить	говорилъ
44	прим.	räumichen	räumlichen

СОДЕРЖАНИЕ.

	стр.
О назначеніи защитныхъ оговорокъ	3
I. Исключительные законы Савиньи	5
II. Публичный порядокъ въ итальянской доктринѣ	8
III. Соціальное право Лорана	14
IV. Ordre public international Броше	15
V. Попытки опредѣленія публичнаго порядка путемъ перечня	20
VI. Попытки критерія въ различіи интересовъ	24
VII. Критерій „особой важности“ законовъ	28
VIII. Отказъ отъ критерія	33
IX. Возвращеніе къ Савиньи и къ идеѣ исключенія	35
X. Построеніе Бартена	41
XI. Ученіе Пилле	45
XII. Конфликтныя нормы и привязки	53
XIII. Явно безнравственные законы въ привязки	58
XIV. Формальный критерій Цительмана и Кана; содержаніе закона и привязка	65
XV. Публичный порядокъ—нераскрытая часть конфликтнаго права. Канъ и Пилленко	73
XVI. Изгнаніе понятія публичнаго порядка	82
XVII. Доγμαтическая обработка понятій „добрыя нравы“ и „цѣль закона“	88
XVIII. Общественный порядокъ въ 707 ст. уст. гражд. суд. и въ 17 ст. проекта полож. о введ. въ дѣйствіе гражданскаго уложенія	93

ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОКЪ ВЪ МЕЖДУНАРОДНОМЪ ЧАСТНОМЪ ПРАВѢ.

Основы современной науки конфликтнаго права были положены въ эпоху, когда въ Европѣ въ международных отношеніяхъ царилъ глубокий миръ и войны между культурными государствами казались нѣкоторымъ философамъ исторіи отходящими въ невозвратное прошлое. И потому, когда лѣтъ за десять до Бокля (1858) Савиньи издалъ восьмой томъ своей „Системы“ ¹⁾, его современники восприняли какъ откровеніе ²⁾ его мысль, что всѣ независимыя государства образуютъ одно международное сообщество (*Gemeinschaft*) и вслѣдствіе этого обязаны дружелюбно допускать чужіе законы въ число источниковъ, откуда мѣстные судьи должны черпать нормы для обсужденія нѣкоторыхъ правоотношеній, и что всѣ сомнѣнія относительно того, какое территоріальное законодательство компетентно для этого обсуждения, устраняются соображеніемъ, что для каждаго правоотношенія существуетъ правовая территорія, которой оно по самой своей природѣ принадлежитъ или подчинено; свое ли, чужое ли это законодательство,—это для судьи должно быть безразлично.

¹⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, 1849, pp. 26, 27; 32—38.

²⁾ Jitta, *La méthode du droit international privé*, 1890, p. 111: „une véritable révolution“.

Однако, изложивъ этотъ принципъ, Савиньи оговаривался, что существуютъ нѣкотораго рода законы, особая природа которыхъ противится столь свободному общенію правомъ между различными государствами. При этихъ законахъ судья обязанъ болѣе исключительно примѣнять туземное право (*lex fori*), хотя бы тотъ принципъ требовалъ примѣненія иностраннаго права. „Отсюда встаетъ рядъ важныхъ исключительныхъ случаевъ, установленіе точной границы которыхъ составляетъ, быть можетъ, труднѣйшую задачу всего ученія“.

Съ тѣхъ поръ, какъ это было написано, прошло около 70 лѣтъ, но и теперь конфликтная юриспруденція должна констатировать, что ея труднѣйшая задача остается все та же: опредѣлить, въ какихъ случаяхъ судья обязанъ примѣнить туземный законъ, тогда какъ принципъ, котораго велитъ ему держаться его собственное законодательство, требуетъ примѣненія иностраннаго закона. За это время въ нѣсколькихъ уложеніяхъ, вообще скупыхъ на конфликтныя нормы, успѣли появиться защитныя оговорки (*Vorbehaltssklauseln*), какъ будто отвѣчающія на этотъ вопросъ. Иностранные законы устраняются, когда они противорѣчатъ запретительнымъ законамъ ¹⁾, публичному порядку ²⁾, добрымъ нравамъ ³⁾, публичному праву ⁴⁾, морали ⁵⁾, духу мѣстнаго уложенія ⁶⁾, цѣли туземнаго закона ⁷⁾. Въ странахъ, гдѣ защитная оговорка не была введена законодателемъ, ее формулировали литература и судебная практика: во Франціи и въ Бельгіи препятствіе допущенію иностраннаго закона лежитъ въ публичномъ порядкѣ; въ Англіи—въ несовмѣстимости съ политикой туземнаго закона и съ нравственными правилами, опирающимися на туземный законъ ⁸⁾.

Изъ всѣхъ этихъ понятій, составляющихъ содержаніе

¹⁾ Ст. 12 итальянскаго кодекса 1865 года.

²⁾ Ст. 12 итальянскаго кодекса 1865 года и ст. 11 испанскаго кодекса 1889 года.

³⁾ Ст. 12 итальянскаго кодекса 1865 г.; ст. 11 испанскаго кодекса 1889 г.; ст. 30 EG. z. BGB.; ст. 30 японскаго закона 1898 г.

⁴⁾ ⁵⁾ ⁶⁾ Ст. 14 аргентинскаго уложенія 1871 г.

⁷⁾ Ст. 30 EG. z. BGB.

⁸⁾ Dicey, Conflict of laws, 1908, pp. 84 ss.

защитныхъ оговорокъ, наиболѣе популярно понятіе: публичный порядокъ. На то, чтобы объяснить, что это такое, была затрачена огромная работа мысли. Но послѣ долготѣхъ усилій увидали, что проблема не разрѣшена, а только иначе обозначена, и что на мѣстѣ первоначальнаго вопроса: когда не примѣняются иностранные законы, вопреки тому, что ихъ примѣнить слѣдуетъ,—стоитъ новый вопросъ: что значить публичный порядокъ? Надѣялись справиться съ загадкой путемъ анализа содержанія понятія, но увидали бесплодность стараній и пришли къ тому, что ихъ слѣдуетъ бросить и вновь поставить первоначальный вопросъ: въ какихъ случаяхъ иностранный законъ не примѣняется, хотя въ принципѣ судья долженъ бы примѣнить его?

Въ нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства вошли три статьи (707, 1272, 1279), въ которыхъ воспроизводятся выраженія *общественный порядокъ* и *воспреищеніе законами Имперіи*. Хронологически это даже самые ранніе (1864) въ исторіи конфликтнаго права законодательные тексты. На вопросъ, что означаютъ эти понятія, въ нашей литературѣ отвѣчаютъ ¹⁾ такъ, какъ будто это само собою понятно: ст. 1529 1 ч. X, т. Но можно спросить: почему же законодатель не сказалъ просто: ст. 1529, а употребилъ другія, и притомъ два разныхъ, изъ которыхъ одно, можетъ быть, совсѣмъ лишнее, выраженія? Объ „общественномъ порядкѣ“ говорить и 17 ст. пол. о введ. въ дѣйствіе гражд. улож.

Знакомство съ работой западно-европейской догматики надъ понятіемъ „публичнаго порядка“ и съ законодательными попытками одолѣнія препятствій, созданныхъ внесеніемъ этого понятія въ конфликтное право, поможетъ понять истинное содержаніе защитной оговорки ст. 707 и др. уст. гражд. суд. и 17 ст. пол. о введ. въ дѣйствіе гражд. улож.

I.

Савиньи свелъ въ два класса исключенія изъ принципа, что компетентенъ законъ той территоріи, гдѣ правоотношеніе по самой своей природѣ имѣетъ свою резиденцію:

¹⁾ Исаченко, Гражданскій процессъ, 1912, т. IV, стр. 69—70.

А. Законы, которые въ свободному общенію, независимому отъ границъ отдѣльныхъ государствъ, не способны вслѣдствіе своей *строга положительной, принудительной природы*. Въ ихъ числу никогда не относятся диспозитивныя нормы, но и не *вся абсолютныя*. Именно не тѣ абсолютныя, которыя издаются только ради лицъ, какъ субъектовъ правъ, напр., законы объ ограниченіи дѣеспособности вслѣдствіе возраста, пола или законы о переходѣ права собственности путемъ простого соглашенія или передачи. Для этихъ законовъ свободный обмѣнъ возможенъ. Но есть абсолютныя законы, основаніе и цѣль которыхъ лежитъ внѣ чистой, взятой въ абстракціи, сферы права и которые издаются не только ради субъектовъ. Это законы, основанные на *нравственныхъ* соображеніяхъ (запрещеніе полигаміи) или на соображеніяхъ *общественнаго блага* (*publica utilitas*), все равно, преобладаетъ ли въ нихъ характеръ политическій, полицейскій или экономическій (запрещеніе евреямъ владѣть недвижимостями). Эти законы никогда не уступаютъ своего мѣста иностраннымъ.

Б. Юридическіе институты иностраннаго государства, *существованіе которыхъ вообще не признано* въ нашемъ: въ странѣ, гдѣ неизвѣстна гражданская смерть, нельзя къ лицамъ, которыя подверглись такому наказанію въ своемъ отечествѣ, примѣнять связанныя съ нимъ ограниченія правоспособности; въ странѣ, гдѣ не знаютъ рабства, нельзя смотрѣть, какъ на раба, на пребывающаго тамъ со своимъ господиномъ негра. Въ послѣднемъ случаѣ къ неизвѣстности института присоединяется его противорѣчіе нашимъ нравственнымъ воззрѣніямъ; въ первомъ дѣйствуетъ только мотивъ неизвѣстности института.

Общая черта обоихъ классовъ—ихъ *аномальная природа*: оба они не поддаются тому правовому общенію государствъ, которое вообще всѣми требуется. „Но можно ожидать, заключалъ Савиньи, что эти исключительные случаи, вслѣдствіе естественнаго правового развитія народовъ, будутъ постепенно все уменьшаться“.

Послѣ Савиньи для выставленныхъ имъ исключеній на-

чали употреблять терминъ *запретительные законы*¹⁾; это было неточно, потому что къ числу абсолютныхъ законовъ, не уступающихъ своего мѣста иностраннымъ, Савиньи относилъ и законъ, по которому для евреевъ не дѣлается никакихъ изъятій въ отношеніи землевладѣнія, т. е. законъ дозволительный. Неточность терминологіи оказалась въпослѣдствіи виновницей недоразумѣній, въ которыхъ Савиньи не былъ повиненъ.

За то по существу едва-ли не каждое изъ его положеній вызываетъ на возраженія. Развѣ можно различать законы, хотя бы и абсолютные, такъ, какъ это дѣлалъ онъ,—такіе, которые изданы только для субъектовъ права, или чисто-правовые, и такіе, которые изданы по соображеніямъ общественнаго блага? Развѣ существуютъ законы, которые не имѣютъ отношенія къ этому благу? Развѣ, напр., законъ о возрастѣ для совершеннолѣтія чуждъ политическихъ и экономическихъ соображеній? Но, если примѣнить это послѣднее мѣрило ко всѣмъ законамъ, тогда нужно проститься съ правовою общностью и со свободнымъ обмѣномъ законами. Какъ можно, напр., тогда отстаивать принципъ универсальнаго преемства и требовать, чтобы порядокъ наслѣдованія опредѣлялся по отечественному закону наслѣдодателя? Развѣ не могутъ возразить, что этотъ порядокъ диктуется въ каждой странѣ политическими и экономическими соображеніями, а потому отечественный законъ наслѣдодателя-иностранца не можетъ быть принятъ во вниманіе? Это относительно перваго класса законовъ. А что касается второго, то неизвѣстность института въ странѣ сама по себѣ не можетъ имѣть рѣшающаго значенія: у насъ неизвѣстна германская ипотечная система, во Франціи не знаютъ русскаго института родовыхъ имуществъ, нигдѣ на материкѣ Европы не знаютъ англійской *corporation sole*²⁾, въ Швейцаріи нѣтъ

¹⁾ Fusinato, Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato въ Archivio giuridico, XXIII, 1884—leggi proibitive; В а г. Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 1889,—Prohibitivgesetze.

²⁾ О *corporation sole* см. Брунъ, Юридическія лица въ международномъ частномъ правѣ, Вѣстн. Гражд. Права, Апрель 1915, и отдѣльно: II. О субъектности и о правѣ на судебную защиту, 1915, стр. 37.

надобности издавать законы морского права,—но развѣ все это основаніе, чтобы отвергать значеніе отдѣльныхъ нормъ, изъ которыхъ составляются эти институты, когда правоотношеніе подлежитъ, по своей природѣ, обсужденію по иностранному закону? Конкретныя рѣшенія Савиньи относительно негра и присужденнаго къ гражданской смерти были правильны, но неправильно было связывать ихъ съ *неизвѣстностью* института въ странѣ ¹⁾.

Въ чемъ ученіе Савиньи нуждалось въ исправленіи, показано ниже; здѣсь важно отмѣтить только его представленіе о характерѣ проблемы. Сосредоточивъ все свое вниманіе на найденномъ имъ принципѣ, Савиньи констатировалъ наличность препятствія къ его нормальному дѣйствію, но не сталъ останавливаться на изученіи этого препятствія въ деталяхъ, потому что весь „труднѣйшій“ вопросъ казался ему второстепеннымъ. Онъ видѣлъ предъ собою немногія досадныя исключенія, нарушающія правильность обмѣна между законами разномѣстныхъ гражданскихъ правопорядковъ. Современемъ они исчезнутъ, оттого не стоитъ долго на нихъ останавливаться. Въ концѣ концовъ это только своего рода заноза въ красивомъ тѣлѣ международной общности правопорядковъ; для вѣщей красоты этого тѣла слѣдовало бы ее удалить; но можно это предоставить и естественному ходу вещей.

Въ послѣдующія десятилѣтія многіе юристы связывали свои разсужденія о препятствіяхъ къ дѣйствію *ихъ* принципа съ именемъ Савиньи; но они иначе оцѣнивали *размѣры* этихъ препятствій. Для ориентированія въ дальнѣйшемъ скажемъ коротко: они сливали случаи, когда туземный законъ дѣйствуетъ въ силу *правила* (какъ *lex loci*), со случаями, когда онъ дѣйствуетъ въ видѣ *исключенія* (какъ *lex fori*).

II.

Въ 60-хъ годахъ XIX в. во второй разъ въ исторіи руководящая роль въ развитіи конфликтнаго права оказалась

¹⁾ Другія возраженія см. у Ваг, *op. cit.* I. p. 91, и Fusinato, *op. cit.* p. 590.

въ рукахъ итальянскихъ юристовъ ¹⁾. На словахъ они объявляли себя учениками Савиньи. „Общность права, писалъ Пескаторе ²⁾, объединяетъ всѣ государства въ своего рода *grande città*, и потому въ международно-частныхъ отношеніяхъ всегда существуетъ одно, болѣе чѣмъ другія, компетентное законодательство“. Но на вопросъ, какое законодательство компетентно въ конкретномъ случаѣ, они отвѣчали съ предвзятымъ убѣжденіемъ, что гражданское право такъ же національно, какъ языкъ, вѣрованія и нравы, и потому должно сопутствовать иностранцу всюду за границей. Знаменосцемъ ³⁾ этой идеи былъ Манчини, впервые выступившій въ эпоху, когда послѣ пораженія 1849 года въ Италіи начало подготавливаться новое освободительное движеніе, приведшее къ образованію итальянскаго королевства. Для Манчини національность была синонимомъ принадлежности къ государству; національное гражданское право значило законодательство государства, въ чьемъ подданствѣ лицо находится. „Внѣ своего отечества иностранецъ можетъ требовать (!), чтобы во имя принципа національности признавали его національное гражданское право, и во имя гражданской свободы его самоопредѣленіе въ имущественныхъ отношеніяхъ“. Въ томъ, что Манчини говорилъ, преслѣдуя патріотическіе планы, Пескаторе видѣлъ продуктъ юридической логики: „иностранный законъ долженъ находить себѣ примѣненіе повсемѣстно, лишь бы только онъ не нарушалъ политическихъ и экономическихъ интересовъ государства и не противорѣчилъ тѣмъ законамъ, которые мѣстный законодатель по своему суверенному разумѣнію освятилъ, какъ абсолютные принципы публичнаго порядка, морали и религіи“ ⁴⁾. Т. е. мѣстный законъ долженъ какъ бы оправдать свое право на то, чтобы не отступать предъ иностраннымъ. Манчини

¹⁾ Брунъ, Очерки исторіи конфликтнаго права, 1915, I. Конфликтное право постглоссаторовъ (XIII—XV вв.).

²⁾ Pescatore, *La logica del diritto*, 1863, p. 325.

³⁾ Banditore, — называетъ его Contuzzi, *Diritto internazionale privato*, 1911 p. 123.

⁴⁾ Pescatore, *op. cit.* p. 325.

до этого не договаривался и ставилъ рядомъ съ требованіями національнаго принципа требованіи принципа политической независимости государства. Во имя этого принципа „суверенная власть каждаго государства можетъ (!) воспрепятствовать на своей территоріи всякое нарушеніе публичнаго порядка страны, установленнаго національной волей. Каждое государство въ правѣ (!) въ силу общаго права равенства и національной независимости охранять этотъ публичный порядокъ и не допускать никакого воздѣйствія на него со стороны иностранцевъ . . . Законодатель ограждаетъ права суверенитета и политической независимости, когда всѣхъ безъ различія, туземцевъ и иностранцевъ, подчиняетъ уголовнымъ и публичнымъ законамъ страны“ ¹⁾). По мысли Манчини, публичное право государства есть по отношенію къ личной свободѣ гражданъ своего рода закономѣрная экспроприація нѣкоторой ея части,—экспроприація, которая задѣваетъ иностранцевъ такъ же, какъ и туземцевъ ²⁾).

Въ этомъ „публичномъ правѣ“, объемлющемъ всѣ нормы, ограждающія „права суверенитета и политической независимости“, потонули тѣ рѣдкія исключенія, о которыхъ говорилъ Савиньи. „Универсальность эффектовъ каждаго законодательства, писалъ тотъ же Пескаторе, встрѣчаетъ преграду только въ полномочіи каждаго другого государства ограждать собственные политическіе, экономическіе и нравственные интересы. Въ силу этого принципа каждое государство строго соблюдаетъ собственные законы во всемъ, что касается организаціи землевладѣнія, формы установленія вещныхъ правъ, ипотечнаго режима и другихъ постановленій, интересующихъ экономію государства и массу землевладѣльцевъ“ ³⁾). Всѣ эти законы, вытекающіе изъ моральнаго и политическаго интереса страны, образуютъ въ каждомъ государствѣ большой комплексъ нормъ, отличительная черта которыхъ въ томъ, что онѣ примѣняются съ полною исклю-

¹⁾ Mancini, Rapport préliminaire etc. въ Revue de droit international, 1874.

²⁾ Catellani, Il diritto internazionale privato di suoi recenti progressi, II, 1902, p. 159.

³⁾ Pescatore, op. cit. p. 324.

чительностью и потому противопологаются національнымъ законамъ иностранца. Нѣтъ больше рѣчи, какъ у Савиньи, объ аномалии, которая можетъ современемъ исчезнуть, а признается дѣйствіе принципа, изъ котораго одинаково выводятся всѣ случаи исключительнаго примѣненія туземныхъ законовъ ¹⁾. Въ составъ этого „публичнаго права“, дѣйствующаго на своей территоріи съ такою исключительностью, входятъ, по объясненію Эсперсона, „такъ называемое основное публичное (или политическое) право, законы уголовные, полицейскіе, процессуальные и всѣ постановленія гражданскаго и торговаго права, которыя имѣютъ цѣлью огражденіе политическихъ, экономическихъ или нравственныхъ интересовъ государства“ ²⁾. Значить, существуютъ и такія постановленія гражданскаго и торговаго права, которыя не имѣютъ такой важной цѣли. Какъ же отличить отъ нихъ тѣ, которыя должны быть причислены къ публичному праву страны, когда для нихъ нѣтъ такого внѣшняго критерія, какъ помѣщеніе въ конституцію или въ уголовномъ уложеніи или въ процессуальномъ уставѣ?

Этотъ же вопросъ всталъ и предъ комментаторами итальянскаго кодекса 25 іюня 1865 года, prelimинарныя 6—12 ст. котораго были первымъ ³⁾ опытомъ кодификаціи международнаго частнаго права и вмѣстѣ законодательнымъ выраженіемъ новой доктрины, потому что написаны онѣ были рукою Манчини. Ст. 12 представляетъ защитную оговорку, въ которой говорится о законахъ, не отступающихъ предъ иностранными: это — „запретительные законы королевства, относящіеся къ лицамъ, имуществамъ и актамъ“, и „законы, въ какой бы то ни было степени касающіеся публичнаго порядка и добраго нрава“ ⁴⁾. Изъ терминовъ этой оговорки

¹⁾ Catellani, op. cit. II, p. 184.

²⁾ Esperson, Il principio di nazionalità, 1868, p. 31.

³⁾ Послѣ 3 ст. французскаго кодекса 1804 г., въ которой содержалось резюме теоріи статутовъ XVI—XVIII вв.

⁴⁾ Art. 12: „Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume“.

leggi proibitive были навѣяны „абсолютными или принудительными“ законами Савиньи, а термины *l'ordine pubblico ed il buon costume* взяты изъ 6 ст. французскаго кодекса 1804 г. и изъ ряда партикулярныхъ кодексовъ Италіи до ея объединенія.

Крайняя неопредѣленность всѣхъ трехъ понятій была очевидна. Увѣряютъ, будто законодатель „сознательно санкціонировалъ исключеніе въ столь мало опредѣленной формѣ, дабы оставить широкое поле магистратурѣ для защиты итальянскихъ учреждений и соціальнаго права“¹⁾, но врядъ-ли законодатель предвидѣлъ, что и черезъ 50 лѣтъ останется все та же „преднамѣренная“ неясность. Ст. 12 требуетъ тщательной интерпретаціи. Одну такую далъ Эсперсонъ: по его мнѣнію, въ ней слиты двѣ нормы, одна—частно-правовая, другая—конфликтная²⁾. Первая говоритъ, что частныя постановленія и соглашенія не могутъ отступать отъ запретительныхъ законовъ страны, касающихся лицъ, имуществъ или актовъ; вторая,—что нельзя замѣнять иностранными законами тѣ территоріальныя, которые касаются публичнаго порядка и добрыхъ нравовъ. На самомъ дѣлѣ текстъ статьи не даетъ права дѣлать такое расчлененіе, потому что онъ говоритъ вмѣстѣ объ иностранныхъ законахъ и о частныхъ соглашеніяхъ, которыя къ тому же могутъ быть заключаемы иностранцами наравнѣ съ туземцами, и оба запрета относятся, очевидно, и къ законамъ, и къ соглашеніямъ³⁾. Тѣмъ не менѣе всѣ итальянскіе юристы⁴⁾ приняли интерпретацію Эсперсона, потому что иначе пришлось бы допустить, что законодатель въ ст. 12 отмѣняетъ все то, что онъ сказалъ въ ст. 6—11. Нельзя же думать, что ст. 12 запрещаетъ поступаться всѣми законами, которымъ не должны противорѣчить частныя соглашенія⁵⁾. Такъ, законы о гражданскомъ

¹⁾ Fiore, *Diritto internazionale privato*, I, 1902, p. 250.

²⁾ Esperson, *op. cit.* pp. 55 ss.

³⁾ Fusinato, *op. cit.* p. 600.

⁴⁾ Rapisardi-Mirabelli, *L'ordine pubblico nel diritto internazionale*, 1908, p. 65.

⁵⁾ Та же интерпретація принята и для ст. 11 испанскаго кодекса 1889 г., Audinet въ *Journal Clunet*, 1891, p. 1119.

совершеннолѣтніи или о возрастѣ для вступленія въ бракъ, конечно, не могутъ быть отмѣняемы соглашеніемъ сторонъ; а между тѣмъ законодатель самъ въ ст. 6 постановляетъ, что состояніе и способность лицъ и ихъ семейственныя отношенія регулируются ихъ національнымъ закономъ. Нельзя договориться о томъ, чтобы 19-лѣтняго считать совершеннолѣтнимъ; но 23-лѣтняго австрійца должны въ Италіи считать малолѣтнимъ. Значить, ясно, что подъ *leggi d'ordine pubblico* надо разумѣть не просто тѣ законы, которые принудительны для частныхъ лицъ. Какіе же?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ былъ привлечь къ себѣ все вниманіе новой итальянской школы, потому что отъ него зависѣло опредѣленіе тѣхъ предѣловъ, въ которыхъ дѣйствуетъ основной принципъ школы,—что гражданское право персонально, и потому что понятію публичнаго порядка былъ съ самаго начала данъ очень обширный объемъ. Савиньи могъ не особенно заботиться о полнотѣ перечня или объ опредѣленности критерія своихъ неуступчивыхъ законовъ, потому что онъ имѣлъ въ виду рѣдкіе случаи, и его основной принципъ—признаніе компетентности закона въ зависимости отъ природы правоотношенія—ни мало не страдалъ отъ этой неполноты или неопредѣленности ¹⁾. Напротивъ, писатели итальянской школы включили въ понятіе публичнаго порядка и законы вещнаго права; *lex rei sitae* у нихъ компетентна не потому, что этого требуетъ самая природа вещныхъ правоотношеній, а потому что это есть требованіе публичнаго порядка, а, слѣдовательно, въ тѣхъ случаяхъ, когда публичный порядокъ не требуетъ примѣненія *lex rei sitae*, вещное правоотношеніе можетъ быть обсуждено и по отечественному закону иностранца. Подобно статутаріямъ XVIII в., писатели новой итальянской школы видѣли предъ собою какъ бы двѣ коробки съ ярлыками: персональные законы и публичный порядокъ, куда надлежало размѣстить всѣ законы, при чемъ сердце влекло ихъ къ первой изъ нихъ, и только холодный разумъ приказывалъ не забывать о второй.

¹⁾ Fusinato, op. cit. p. 587.

Чтобы имѣть право называться научной доктриной, школа должна была дать отвѣтъ, какіе законы входятъ въ понятіе публичнаго порядка, потому что безъ этого оставалось бы неизвѣстнымъ, какіе законы персональны и, слѣдовательно, экстратерриторіальны.

III.

Почти въ одно время съ итальянцами и независимо отъ нихъ Лоранъ въ Бельгіи придумалъ ту же систему¹⁾. Существуютъ персональные законы, сопутствующіе лицу заграницу, какъ кровь въ его жилахъ, національные, какъ языкъ и вѣра. И существуютъ рядомъ другіе законы, — реальные; они составляютъ *соціальное право*. Лоранъ предпочитаетъ это названіе термину публичный порядокъ. Реальные законы касаются *правъ общества*; они суверенны и не допускаютъ на свое мѣсто иностранныхъ. Между ними и персональными законами нѣтъ, собственно говоря, конфликта, а просто существуютъ законы разной природы или разнаго содержанія. Одни касаются отношеній, въ которыя общество не имѣетъ ни права, ни интереса вмѣшиваться; такіе законы не реальны и не суверенны; другіе законы касаются отношеній, въ регулированіи которыхъ заинтересовано общество; они—реальны, суверенны, исключаютъ дѣйствіе иностранныхъ. Когда дѣло идетъ о соціальномъ правѣ, то территоріальный законъ управляетъ всякимъ лицомъ, и потому такому закону нельзя противопоставлять личный статутъ.

Но о какихъ законахъ можно сказать, что они входятъ въ составъ соціального права? Это прежде всего законы публичнаго и уголовного права, и затѣмъ законы, касающіеся добрыхъ нравовъ. Правда, въ широкомъ смыслѣ всѣ законы касаются добрыхъ нравовъ; но потому и надо понимать эти слова въ тѣсномъ смыслѣ: нужно, чтобы дѣло шло о существованіи, сохраненіи или усовершенствованіи общества. Вотъ гдѣ критерій для устраненія дѣйствій иностраннаго закона: угроза существованію, сохраненію и усовершенство-

¹⁾ Laurent, Le droit civil international, 1880, I, pp. 22, 35, 62; II, pp. 342, 345, 357, 375 ss.

ванію общества. Когда такой угрозы от примѣненія иностраннаго закона нѣтъ, то нѣтъ и основанія устранять его, потому что мѣстный законъ въ такомъ случаѣ не относится вовсе къ соціальному праву. Т. е., какъ и у итальянцевъ, нужно особое оправданіе, чтобы не допустить дѣйствія иностраннаго закона. Такъ, напр., во Франціи въ тѣ годы, когда писалъ Лоранъ, разводъ не допускался. Лоранъ вопрошалъ: развѣ французское общество потерпитъ въ своемъ существованіи или сохраненіи, если супругамъ-германцамъ позволить во Франціи развестись, согласно ихъ національному закону? И обратно, какой ущербъ будетъ для германскаго общества, если французамъ, согласно ихъ національному закону, въ Германіи не позволить разводиться? И потому законъ, запрещающій разводъ, не относится къ соціальному праву ¹⁾. Предъ Лораномъ стояла та же загадка, что и предъ итальянцами: показать, какіе законы служатъ существованію, сохраненію или усовершенствованію общества? Задача ни мало не облегчается тѣмъ, что Лоранъ предоставляетъ конечное рѣшеніе вопроса судьямъ ²⁾; вѣдь и судьямъ нужно дать какое-нибудь руководящее начало, чтобы онъ могъ безошибочно сказать, противенъ ли иностранный законъ соціальному праву.

IV.

Совсѣмъ иной изгибъ мысли привелъ около того же времени (1876, 1882 г.г.) швейцарскаго профессора Броше къ постановкѣ той же темы. Въ отличіе отъ Савиньи, который подошелъ къ вопросу о принудительныхъ законахъ въ самомъ концѣ своихъ размышленій, и въ отличіе отъ итальянцевъ и Лорана, для которыхъ законы публичнаго порядка или соціальнаго права были завершеніемъ ихъ системы, словно достройка второй колокольни на готическомъ храмѣ, — Броше усмотрѣлъ въ этихъ законахъ самый фундаментъ всего международнаго частнаго права. Онъ не раздѣлялъ ученія о персональности гражданскаго права и упрекалъ

¹⁾ Idem, op. cit. V, p. 283.

²⁾ Idem, op. cit. VIII, p. 157.

Лорана въ возвращеніи къ системѣ личныхъ правъ франкской монархіи или къ режиму капитуляцій. Онъ замѣтилъ дефектъ въ ученіи итальянцевъ и Лорана¹⁾. Они занимались индивидомъ и національностью и подходили къ понятію публичнаго порядка, рассуждая объ отношеніи иностранца къ территоріальному закону, тогда какъ задачей изслѣдованія должно быть не отношеніе индивида къ закону, а отношеніе между двумя законами. Броше разошелся и съ Савиньи: вмѣсто того, чтобы создавать систему законодательной компетенціи, которая на практикѣ подвергается измѣненіямъ подъ вліяніемъ публичнаго порядка, и вмѣсто того, чтобы отыскивать исключенія, требуемыя публичнымъ порядкомъ, Броше объявилъ, что публичный порядокъ долженъ быть положенъ въ основаніе всей доктрины, что въ публичномъ порядкѣ слѣдуетъ видѣть интегральную часть каждаго элемента всякаго правоотношенія, факторъ отдѣльныхъ правилъ конфликтнаго права. Представленіе о публичномъ порядкѣ, говоритъ онъ, какъ объ основаніи для устраненія иностранныхъ законовъ, узко; напротивъ, въ публичномъ порядкѣ лежитъ оправданіе дѣйствія всѣхъ туземныхъ законовъ. Савиньи стоялъ за опредѣленіе состоянія и способности лица по закону домициля, потому что личность, какъ центръ всѣхъ правоотношеній, всего крѣпче привязана къ странѣ своего домициля; по Броше же, состояніе и способность опредѣляются личнымъ статутомъ потому, что этого требуютъ соображенія публичнаго порядка. Правило *locus regit actum* имѣетъ свое основаніе въ публичномъ порядкѣ. Вообще функція публичнаго порядка не только отрицательная, онъ не служитъ только основаніемъ для устраненія дѣйствія, напр., такого иноземнаго института, какъ рабство; его функція также и положительная: „онъ доминируетъ въ международномъ частномъ правѣ отъ подножія до вершины; онъ кладетъ свой отпечатокъ на все это право²⁾“.

¹⁾ Brocher, Etude sur le traité publié par M. Laurent etc. въ Revue de droit international, 1881, pp. 531 ss. Cf. Catellani, op. cit., II, pp. 317—322; 360.

²⁾ Brocher, Cours de droit international privé, 1882, I, p. 23; также Etude etc. въ Revue 1881 pp. 566 ss.

Выраженная другими словами, мысль Броше въ томъ, что существуетъ просто правопорядокъ, властно повелѣвающий примѣненіе однихъ законовъ и устраненіе другихъ, и что то и другое дѣлается одинаково въ силу правила, а отнюдь не такъ, что одно по правилу, другое—по исключенію. Но отъ того, что Броше говорилъ не просто о правопорядкѣ, а о публичномъ порядкѣ, онъ только усилилъ ту аберрацію мысли, жертвами которой были писатели и слѣдующихъ двухъ десятилѣтій и которая побуждала объяснять дѣйствіе законовъ о правахъ вещныхъ требованіями публичнаго порядка и вообще смѣшивать эффекты *lex loci* и *lex fori*.

Съ такимъ повышеннымъ представленіемъ о функціи публичнаго порядка, Броше, имѣя предъ собою тексты 3 и 6 ст. французскаго кодекса 1804 г., сказалъ то самое, что до него уже сказалъ Эсперсонъ, интерпретируя 12 статью итальянскаго кодекса; сказалъ элементарно простую вещь или, вѣрнѣе, просто констатировалъ и безъ того очевидный фактъ,—что публичный порядокъ въ смыслѣ гражданскаго права—одно, а въ смыслѣ конфликтнаго права—совсѣмъ другое. Но то, какъ онъ это сказалъ, сразу создало ему въ наукѣ международнаго частнаго права такую популярность, какъ если бы онъ въ самомъ дѣлѣ сдѣлалъ открытіе; и въ то же время его способъ выраженія констатированнаго имъ факта далъ поводъ сперва къ большимъ недоразумѣніямъ, а впослѣдствіи къ претендующимъ на глубокомысліе критическимъ поправкамъ. Выразилъ же онъ свое „открытіе“ такъ: существуютъ два *ordres publics*; одинъ—*interne*, другой—*international*.

Анализъ и сопоставленіе ст. 3 § 1 и ст. 6 французскаго кодекса 1804 г., сдѣланные Броше, совершенно правильны. Смыслъ ст. 3 § 1 („законы о полиціи и безопасности обязываютъ всѣхъ, кто живетъ на территоріи“) не оставляетъ сомнѣнія, что она предназначена устранять конфликты съ иностранными законами. Существуютъ законы, соблюденіе которыхъ безусловно обязательно для иностранцевъ не менѣе, чѣмъ для туземцевъ; это не одни уголовные законы (*police*), но и всѣ, заботящіеся о порядкѣ и безопас-

ности (*sûreté*) на территоріи. Статья говорить о лицахъ, живущихъ на территоріи, но она несомнѣнно относится ко всѣмъ дѣйствіямъ, потому что нарушить порядокъ можно, и не находясь на территоріи. И хотя статья написана въ формѣ приказа, но, очевидно, ее надо понимать и въ смыслѣ запрета: эти абсолютные законы обязываютъ всѣхъ, а, слѣдовательно, тѣмъ самымъ, они противятся тому, чтобы иностранные законы мѣшали полному ихъ соблюденію. Въ этой статьѣ идетъ рѣчь объ *ordre public international*. Она не имѣетъ отношенія къ тому публичному порядку, о которомъ говорится въ гражданскомъ правѣ,—къ *ordre public interne*.

Объ этомъ публичномъ порядкѣ говорить ст. 6 („нельзя частными соглашениями отступать отъ законовъ, интересующихъ публичный порядокъ и добрые нравы“). Отнюдь не слѣдуетъ этою статьею восполнять 3 статью: тѣ границы, которыя законъ ставитъ индивидуальной свободѣ, обязывая субъектовъ права подчиняться неоспоримой волѣ законодателя, не имѣютъ ничего общаго съ тѣми границами, которыя ст. 3 § 1 проводитъ между суверенитетами. Разница между обоими публичными порядками видна на примѣрѣ. Законы о статусѣ во внутреннемъ (= гражданскомъ) правѣ явно относятся къ публичному порядку; индивидуальная воля здѣсь безусловно подчинена волѣ законодателя. Иначе въ международномъ (= конфликтномъ) правѣ: по традиціонной доктринѣ здѣсь компетентенъ законъ отечества или домициля; но это правило можетъ быть и отмѣнено, если иностранный законъ противорѣчитъ туземнымъ интересамъ или принципамъ высшаго порядка¹⁾.

Все это безспорно, но только не слѣдовало говорить *ordre public—international*, а надо было сказать: *ordre public въ смыслъ* международного частнаго права, и, соотвѣтственно, *ordre public* въ смыслѣ гражданского права. Неправильность терминологіи такая же, какъ если бы мы сказали, что у лица есть два домициля, одинъ—гражданскій, другой—международный, вмѣсто того, чтобы сказать, что домициль имѣетъ

¹⁾ Brocher, *op. cit.*, I, pp. 106 ss.

два смысла,—одинъ въ гражданскомъ правѣ (точка на территории), другой—въ конфликтномъ (привязка лица къ законодательству страны). Ошибка та же, какъ если бы кто сказалъ, что существуетъ два дѣйствующихъ лица,—одно на театрѣ, другое—въ юридической сдѣлкѣ. Нѣтъ двухъ разныхъ объектовъ, а существуетъ одинъ терминъ для двухъ разныхъ понятій. Послѣдствіемъ неправильности, допущенной Броше, явилось прежде всего огромное недоразумѣніе. Осторожные писатели ¹⁾ только высказывали недоумѣніе: „гдѣ критерій для отнесенія закона къ *ordre public international*, а не къ *ordre public interne*?“ Другіе начали говорить: *ordre public interne*, это тотъ, который обязываетъ туземцевъ, а *ordre public international*—тотъ, который обязываетъ какъ ихъ, такъ и иностранцевъ ²⁾. Между тѣмъ ясно, что первый обязываетъ и иностранцевъ, потому что и они не могутъ заключать законнопротивныхъ соглашеній, а второй не обязываетъ ни подданныхъ, ни иностранцевъ, если правоотношеніе, въ которомъ они участвуютъ, не имѣетъ привязокъ къ странѣ. Впослѣдствіи надъ этой терминологіей остряли: почему, говорили, не разумѣть подъ *ordre public international* тѣ законы, которые, какъ личный статутъ, сопутствуютъ подданному и за границу, т. е. признаются международно ³⁾? Другіе, смутно чувствуя, въ чемъ ошибка, поясняли, что существуетъ только *ordre public national*, а такого, который поддерживался бы государствомъ на чужой территоріи (= *international*) ⁴⁾ или былъ бы однообразенъ во всѣхъ государствахъ (= *universel*) ⁵⁾, не существуетъ, какъ будто кто-нибудь думалъ иначе. Но главное зло было не въ отмѣченномъ недоразумѣніи, жертвою котораго самъ Броше не былъ, а въ томъ, что въ его терминологіи отразилось его собственное представленіе о пу-

¹⁾ Fusinato, *op. cit.*, p. 604.

²⁾ Такъ поняли отчасти Bar, *op. cit.*, I, p. 99; Despagne въ *Journal Clunet*, 1889, pp. 207 ss.; Weiss, *Traité théorique et pratique*, III, pp. 93 ss. и многіе другіе.

³⁾ Kahn, *Die Lehre vom ordre public* въ *Ihering's Jahrbücher*, Bd. 39, p. 48.

⁴⁾ Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 395.

⁵⁾ Lainé, въ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, pp. 352 ss.

бличномъ порядкѣ, какъ о субстанціи, изъ которой выявляются законы, не допускающіе дѣйствія иностранныхъ. Понятіе публичнаго порядка начало играть въ конфликтномъ правѣ ту самую роль, какую въ психологіи играетъ понятіе души, въ этикѣ—понятіе характера, т. е. во всѣхъ случаяхъ продукты миеологическаго инстинкта, стремящагося къ созданію ипостасей: отнынѣ у цѣлаго ряда писателей установилась упрощенная манера справляться съ трудностями конфликтнаго права; какъ только оказывается, что туземный законъ долженъ получить предпочтеніе предъ иностраннымъ, такъ тотчасъ же дѣлается ссылка на *ordre public international*, и загадка считается разрѣшенной ¹⁾. Т. е. явились опять уже знакомыя намъ двѣ коробки съ разными законами, крайне упрощающія задачу судьи; но какой законъ слѣдуетъ положить въ ту или другую коробку?

И дѣйствительно, сказавъ, что существуетъ *ordre public international*, отличный отъ *ordre public interne*, Броше далъ только новый ярлыкъ для прежняго вопроса, но ни на шагъ не подвинулъ по сравненію съ итальянцами и Лораномъ рѣшенія вопроса о содержаніи публичнаго порядка. Скорѣе, напротивъ, онъ посодѣйствовалъ осложненію задачи, закрѣпивъ за этимъ понятіемъ его громадный объемъ.

V.

На вопросъ, какіе законы относятся къ *ordine pubblico*, къ *droit social* или къ *ordre public international*, пытались отвѣтить многие, но никому не удалось дать такой отвѣтъ, который можно было бы признать исчерпывающимъ. Одни думали, что рѣшеніе можетъ быть получено путемъ детальнаго перечня законовъ. На этотъ путь становились, напр., Лаги ²⁾ и Буста-

¹⁾ Особенно типиченъ Weiss, I. c.: „оба публичныхъ порядка вытекаютъ изъ той же идеи, изъ общаго интереса; но общій интересъ имѣетъ въ одномъ случаѣ менѣе притязаній, чѣмъ въ другомъ; . . . онъ не хочетъ, чтобы ему подчинялись и иностранцы“.

²⁾ Laghi, *Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali*, I, Bologna, 1888.

менте ¹⁾. У обоихъ переченъ идетъ чрезвычайно гладко, пока они говорятъ о законахъ, которые нетрудно опредѣлить по вѣшнему признаку. У обоихъ всѣ законы дѣлятся на пять классовъ, и у обоихъ первые два включаютъ въ себѣ законы не гражданскаго права. У Лаги это законы публичнаго права въ техническомъ смыслѣ и законы уголовныя, полицейскіе и процессуальныя; у Бустамента это все тѣ же, и еще всѣ нормы конфликтнаго права. На самомъ дѣлѣ вовсе невѣрно, будто судья можетъ никогда не принимать во вниманіе иностранныя законы публичнаго права, но на этомъ можно пока не останавливаться и замѣтить только, что обыкновенно эти законы содержатся въ особыхъ сборникахъ, и потому отысканіе ихъ не вызываетъ затрудненій. Но слѣдующіе три класса причиняютъ обоимъ писателямъ больше безпокойства. Лаги говоритъ: о 1) законахъ частнаго права, но касающихся общаго интереса государства; 2) охраняющихъ добрыя нравы, и 3) запретительныхъ. Нелогичность этого дѣленія бросается въ глаза: первые два можно смѣло соединить въ одинъ, третій объемлетъ оба ²⁾. Бустамента образуетъ всѣ три класса изъ законовъ гражданскаго и торговаго права, различая ихъ: 1) существенно-правственный, 2) существенно-экономическій и 3) существенно-политическій и юридическій характеръ; и затѣмъ даетъ рядъ примѣровъ, какіе законы входятъ въ какой классъ. Такъ, напр., мы узнаемъ, что въ классъ законовъ существенно-юридическаго характера находятся: законъ, опредѣляющій, съ какаго момента законы становятся обязательными, и законъ, опредѣляющій, допускается ли обратное дѣйствіе законовъ. Нагроможденіе *такихъ* примѣровъ совершенно безцѣльно для теоріи конфликтнаго права, потому что конечная цѣль теоріи—выяснить условія, при которыхъ разномѣстные законы могутъ быть примѣнены настолько, чтобы могло быть оставлено въ силѣ благопріобрѣтенное за границею субъективное гражданское право; но между разномѣстными законами о

¹⁾ De Bustamante y Sirven, El orden publico, Estudio de derecho internacional privado, Habana, 1893.

²⁾ Kahn, op. cit., p. 54.

томъ, когда, напр., начинается дѣйствіе законовъ, обнародованныхъ на ихъ территоріяхъ, не возможенъ никакой конфликтъ, судья не можетъ быть поставленъ въ необходимость колебаться, отдать ли предпочтеніе своему закону объ этомъ предметѣ предъ иностраннымъ. Вслѣдствіе этого перечень пріобрѣтаетъ въ значительной мѣрѣ коллекціонерскій характеръ. Но, что еще важнѣе,—никакимъ перечнемъ исчерпать содержаніе трехъ классовъ Бустаменте,—предполагая даже, что нельзя найти еще одинъ или свести всѣ три въ одинъ,—нѣтъ возможности. Въ концѣ концовъ оба писателя видятъ себя вынужденными дать, независимо отъ перечней, общій критерій законовъ публичнаго порядка. Такимъ критеріемъ оказывается у Лаги—исключительное намѣреніе законодателя распространять законъ не только на подданныхъ, но и на иностранцевъ ¹⁾ (р. 166), а также то, что законъ является условіемъ существованія и развитія государства, потому что онъ прямо или косвенно ограждаетъ личную свободу, организацію семьи, собственности, правосудія, права третьихъ лицъ, добрые нравы (pp. 185 ss., 190 ss., 199 ss.), и то, что онъ гарантируетъ права государства въ отличіе отъ правъ индивида (р. 212). Бустаменте видитъ критерій въ томъ, что предписаніе нормы не можетъ быть замѣнено другимъ безъ того, чтобы отъ этого пострадали гражданское и политическое общество; что соблюденіе нормы настолько существенно для государства, что его правопорядокъ разстроился бы, если бы иностранцы на его территоріи ему не подчинялись (pp. 89 ss., 97); что законъ охраняетъ кардинальные интересы государства, такъ что его нарушеніе ведетъ къ разрушенію политической организаціи, дѣльности и сущности суверенной власти (pp. 252, 259, 277 ss.).

Другіе писатели, не настаивая на перечисленіяхъ, занимаются преимущественно отысканіемъ этого общаго критерія. Такъ, Вейсъ считаетъ, что въ *ordre public international* относится всякій законъ, который изданъ для удовлетворенія об-

¹⁾ Намѣреніе, выводимое, за отсутствіемъ прямого текста, судьей изъ общаго смысла закона,—и въ этомъ Лаги повторяетъ Вехтера, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetz* въ *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 24.

щему экономическому, нравственному или религиозному интересу; или законы, устанавливающие фундаментальные основы, на которых зиждется организация общества. Или, например, Буццати, говоря о законах о формах сделок, находит, что они „интересуют общество во всем и суть законы публичного порядка“, потому что несоблюдение их ведет к нарушению этических, религиозных, экономических, политических и других принципов, господствующих в государствах ¹⁾. Или, наконец, Деспанье, автор специальной монографии ²⁾, называет законы публичного порядка своего рода крепостью, куда вход запрещен; этих порядков два, и Деспанье берется показать, как отличить тот, который обязателен также и для иностранцев, находящихся на его территории, от того, который обязателен только подданных. Как, напр., решить, обязательны ли для иностранцев art. 1394 и 1395 с. civ., запрещающие последующее изменение предбрачных договоров? Деспанье хватается за опровергнутое выше замечание Савиньи о дѣлении абсолютных законов на такие, которые изданы исключительно в интересах субъектов права, и такие, которые имѣют в виду интересы государства, и развивает его: обязательны только для подданных тѣ законы, которые ограничивают их свободу ради их собственной выгоды; и обязательны также для иностранцев тѣ, которые касаются интереса государства, как независимаго юридического лица. Отсюда, если считать, что art. 1394 и сл. хотят предупредить злоупотребления и споры между супругами, то это есть ограничение свободы договоров, установленное только в интересъ подданных; если же считать, что цѣль этих законов—предупреждение обмана третьих лиц и ущерба общественному доверію, то они обязательны для иностранцев ³⁾. Деспанье прибавляет, что решение вопроса

¹⁾ Buzzati, L'autorità delle leggi straniere relative alla forma delle leggi civili, Torino, 1894, p. 111.

²⁾ Despagne, L'ordre public en droit international privé, Journal Clunet, 1889, pp. 5, 18.

³⁾ Despagne, l. c. p. 210.

о цѣляхъ этихъ статей его не касается; но онъ забываетъ, что цѣлью закона можетъ быть и то, и другое; какъ же тогда различить, имѣемъ ли мы дѣло съ *ordre public interne* или съ *ordre public international*? Какъ бы то ни было, но критерій различія лежитъ, по его мнѣнію, въ томъ, что правила одного публичнаго порядка охраняютъ индивидуальныя интересы подданныхъ, правила другого—коллективный интересъ государства.

Не увеличивая безъ надобности выписокъ изъ множества авторовъ, повторяющихъ то же самое и почти въ тѣхъ же выраженіяхъ, можно сказать, что у всѣхъ проходятъ два представленія о томъ, что такое *ordre public international*. По одному, это тѣ законы, которые имѣютъ своимъ содержаніемъ интересы государства или общества въ отличіе отъ интересовъ индивида; по другому, это тѣ, которые защищаютъ не просто интересы общества, а интересы квалифицированныя, особо важныя для государства или общества. Однако, оба эти представленія одинаково неудовлетворительны ¹⁾.

VI.

Первое изъ нихъ выросло на почвѣ стараго воззрѣнія, будто публичное и частное право могутъ быть разграничены по содержанію своихъ нормъ. Для его сторонниковъ прошла безслѣдно критика Тона, разрушившая воззрѣніе, основанное на текстѣ Ульпіана (l. 1 § 2 D. 1,1) и до этой критики безраздѣльно господствовавшее въ юриспруденціи XIX в. Въ особенности въ настоящее время, когда все настойчивѣе отъ гражданскаго законодателя требуется проникновеніе социальными взглядами на право, когда, напр., французскіе гражданскіе суды, вводя въ свою практику соображенія о социальномъ благѣ, сами постепенно реформируютъ нормы, дышавшія индивидуализмомъ законодателя начала XIX в. ²⁾, въ настоящее время особенно странно представленіе, будто

¹⁾ Ср. K a h n, op. cit., pp. 60 ss.

²⁾ D u g u i t, Les transformations générales du droit privé, 1912; Char mont, Les transformations du droit civil, 1912.

какіе-нибудь законы служатъ интересамъ частныхъ лицъ, не отражаясь въ то же время на интересахъ общества, или, обратно, будто законы, изданные въ общественномъ интересѣ, безразличны для частныхъ интересовъ. Эсперсонъ и Лоранъ, Деспанье и Вейсъ были, повидимому, всѣ одинаково далеки отъ мысли, что содѣйствіе общему благу является цѣлью *всякой* нормы; что, если отбросить тѣ исключительные случаи, когда законодательная власть принадлежитъ сумасшедшему деспоту или развращенной олигархіи, то обыкновенно законодатель при изданіи *всякой* нормы руководствуется тѣмъ, что онъ по совѣсти и по своему разумѣнію считаетъ нужнымъ въ интересахъ цѣлаго; что поэтому и всѣ такъ называемые законы частнаго права имѣютъ свое основаніе въ общественномъ благѣ; что, напр., право собственности установлено не ради индивидуальныхъ собственниковъ, а ради общаго интереса; что, напр., законъ, воспреещающій строиться на самой межѣ, дѣлаетъ это не въ интересѣ сосѣда, который можетъ и не возражать противъ застройки, а въ интересѣ всѣхъ возможныхъ собственниковъ, т. е. всѣхъ правоспособныхъ или, что то же, всего общества; и что потому, между прочимъ, такъ несостоятельны претензіи итальянскихъ и французскихъ персоналистовъ, чтобы вещныя права, правда, только при извѣстныхъ комбинаціяхъ, обсуждались по національному закону заинтересованныхъ лицъ. Всѣ эти писатели мыслили общество, какъ нѣчто отдѣльное отъ индивидовъ, и это, между прочимъ, сказалось въ томъ, что Лоранъ и Вейсъ были также крайними сторонниками фикціонной теоріи юридическаго лица ¹⁾.

На самомъ дѣлѣ нѣтъ такой нормы, которая, защищая частные интересы, не служила бы, если не въ дѣйствительности, то въ представленіи ея творцовъ, интересу общества, хотя бы тѣмъ уже, что, отграничивая сферу индивида, она предупреждаетъ споры и обезпечиваетъ общественное спокойствіе; и если многія изъ частноправовыхъ нормъ допускаютъ отказъ субъекта отъ представляемыхъ ему ими правъ,

¹⁾ Брунъ, Юридическія лица въ международномъ частномъ правѣ, 1915, II, стр. 29.

то это значить не то, что эти нормы созданы въ его интересѣ, а только то, что обществу не нужно, чтобы онъ пользовался своими правами, и достаточно, чтобы онъ имѣлъ ихъ. И, обратно, нѣтъ нормы, которая, изданная въ явно публичномъ интересѣ, не удовлетворяла бы въ то же время и интересу индивида: какъ можно представить себѣ законъ о несмѣнкости судей безъ того, чтобы онъ былъ полезенъ лицу, занимающему судейское кресло, или законъ „о полиціи и безопасности“, напр., ограждающій жизнь, свободу, женскую честь, безъ того, чтобы онъ защищалъ чей нибудь индивидуальный интересъ? И, однако, это не превращаетъ такіе законы въ частнопровольные, точно такъ же, какъ для владѣльцевъ предпріятій, процвѣтающихъ благодаря военной мобилизаціи промышленности, законъ, устанавливающій эту мобилизацію, не создаетъ частнаго права на это процвѣтаніе, хотя никто другой выгодами ихъ положенія воспользоваться не можетъ ¹⁾.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ, должно быть отвергнуто представленіе, будто критеріемъ законовъ *ordre public international* можетъ быть насыщеніе ихъ содержанія общественнымъ интересомъ; нѣтъ такого закона о правахъ индивидовъ, въ

¹⁾ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1879, pp. 110—114; Varennes-Sommières, *Des lois d'ordre public*, 1899.—Петражицкій, *Теорія права и государства*, 1910, II, стр. 665 сл., указалъ на тѣ логическія ошибки, которыя дѣлаются тѣми, кто видитъ отличіе публичнаго права отъ частнаго въ томъ, что оно служитъ интересамъ цѣлаго. Говорятъ „служить цѣлому“, но думаютъ „должно служить“, или „создается, чтобы служить“, или „содействуетъ благу цѣлаго“. Но *должно служить* не значитъ еще, что *служить*, потому что куда же тогда дѣвать тѣ законы, которые явно изданы ради корыстныхъ или иныхъ низкихъ цѣлей? Теоретическое опредѣленіе публичнаго права должно обнимать и такія злокачественныя явленія, а не только тѣ, которыя соответствуютъ нашимъ представленіямъ о разумномъ и должномъ. *Создается, чтобы служить*, также не значитъ, что *служить*, а только указываетъ на то, о чемъ думалъ законодатель, каковы были его цѣлевые соображенія; это явленіе, предшествующее изданію нормы, но не признакъ существующей нормы. И, наконецъ, возможно, что всѣ нормы публичнаго права *действительно содействуютъ* благу цѣлаго, охраняютъ общенародные интересы; но это можетъ быть ихъ полезный результатъ, явленіе послѣдующее, но не признакъ дѣйствующей нормы.—О теоріяхъ разграниченія публичнаго и частнаго права, см. Брунъ, *Введеніе въ международное частное право*, гл. IV, о мѣстѣ въ системѣ нормъ.

которомъ нельзя было бы раскрыть и общественный интересъ. Онъ ярко выраженъ и въ тѣхъ законахъ, которые при коллизіи съ иностранными законами предъ ними не отступаютъ, и въ тѣхъ, которые имъ свое мѣсто уступаютъ. Такъ, напр., законъ, запрещающій наниматься въ личное услуженіе долѣе чѣмъ на 5 лѣтъ, ограждаетъ интересы и индивида, и общества; законъ, по которому недѣйствительно предварительное соглашеніе о начисленіи процентовъ на проценты, служить интересамъ должника, но также и общества въ цѣломъ; законъ, по которому обязательство малолѣтняго или расточителя безъ участія опекуна недѣйствительно, ограждаетъ и ихъ личные интересы, и интересы ихъ родственниковъ и третьихъ лицъ, и интересы общества въ цѣломъ. Куда относятся эти три разныхъ закона, въ *ordre public international* или только въ „внутреннему“ публичному порядку? Изъ нихъ въ случаѣ коллизіи первые два не допустятъ на свое мѣсто иностранныхъ, третій отступить назадъ; судъ страны, гдѣ дѣйствуютъ тѣ два закона, не присудитъ иностранца служить болѣе 5 лѣтъ, если онъ обязался въ согласіи со своимъ личнымъ статутомъ на 6 лѣтъ, и не присудитъ съ него процентовъ на проценты, хотя бы его обязательство было согласно съ его отечественнымъ закономъ; и обратно, во многихъ странахъ судъ откажетъ въ требованіи съ малолѣтняго или съ расточительнаго иностранца, буде послѣдніе обязались не только въ своемъ отечествѣ, но и въ странѣ судьи, вопреки своему личному статуту, хотя бы по закону судьи люди соотвѣтствующаго возраста и расточители могли обязываться самостоятельно. Нельзя же разницу въ разрѣшеніи коллизіи объяснять тѣмъ, что въ тѣхъ двухъ случаяхъ заинтересованъ публичный порядокъ, а въ послѣднемъ только частныя лица; вѣдь это значило бы, что общество не можетъ примириться съ тѣмъ, что человѣкъ прослужитъ годомъ больше или переплатитъ нѣсколько рублей на процентахъ, но что его совершенно не трогаетъ, что разоряются малолѣтніе или расточители. Ясно, что, если законъ публичнаго порядка характеризуется тѣмъ, что онъ вытѣсняетъ иностранный законъ, то объясненіе этого явленія слѣдуетъ искать не въ томъ, что

онъ касается общественнаго интереса, ибо общественный интересъ присущъ и законамъ, которые такъ не характеризуются.

VII.

Второе представленіе видитъ критерій публичнаго порядка не въ содержаніи закона, а въ его качествѣ; не въ томъ, что законъ вообще имѣетъ цѣлью *общественное благо*, а въ томъ, что онъ для этого блага *особо важенъ*. Въ обращеніи съ этимъ критеріемъ сказывается вліяніе той ошибки, въ которую впали персоналисты и Броше, включивъ въ понятіе публичнаго порядка не только тѣ законы, которые не отступаютъ предъ иностранными по исключенію (*lex fori*), но и тѣ, которые по принципу одни компетентны въ своей странѣ (*lex loci*). „Особую важность“ берутся оправдать территориальное (=исключительное, абсолютное) дѣйствіе законовъ вещнаго права, хотя такое оправданіе совершенно излишне, потому что, напротивъ, для сомнѣнія въ ихъ исключительной компетентности не можетъ быть съ точки зрѣнія регулятивной идеи конфликтнаго права никакого основанія. Во имя этой идеи туземный законъ долженъ склоняться предъ иностраннымъ, если это нужно для защиты благопріобрѣтеннаго заграницей субъективнаго права; но о какой защитѣ благопріобрѣтеннаго права можетъ быть рѣчь, когда по самому своему содержанію вещное правоотношеніе стоитъ подъ исключительною властью законовъ страны, гдѣ находится вещь, когда безспорно, что въ примѣненіи къ вещному праву старая формула *mobilia personam sequuntur* всегда была только недоразумѣніемъ, потому что она приводитъ къ вращенію въ кругъ? Разсматриваемая же группа писателей принимается искать „особую важность“ всюду, гдѣ компетентенъ туземный законъ, и въ результатѣ получается цѣлая коллекція самыхъ курьезныхъ объясненій¹⁾. Такъ, законъ, опредѣляющій, какія движимости должны почитаться за недвижимости въ силу своего назначенія, относятся къ публичному порядку,

¹⁾ Большое количество ихъ искусно подобрано К а h n'о мъ, *op. cit.* pp. 64 ss.

потому что этого, молъ, требуетъ процвѣтаніе земледѣлія и промышленности. Такое объясненіе только банально, потому что и безъ всякаго объясненія понятно, что въ странѣ воцарится имущественная анархія, если, напр., на фабрикѣ, принадлежащей иностранцу, машины не будутъ считаться принадлежностью въ то время, какъ вообще въ странѣ машины составляютъ такую принадлежность. Но въ иныхъ случаяхъ объясненіемъ „особою важностью“ легко вызвать комическіе эффе́кты. Такъ, напр., по *code civil* пчелиные ульи, рыбы въ прудѣ и кролики въ садкахъ составляютъ принадлежность недвижимаго имѣнія; по 1 ч. X т. этого нѣтъ; или по *code civil* нашедшій кладъ на чужой землѣ имѣетъ право на половину его, по 1 ч. X т. кладъ принадлежитъ цѣликомъ собственнику земли. Такъ неужели же фундаментъ, на которомъ зиждется государство или общество, пошатнется, если во Франціи русскій кредиторъ, ссылаясь на свой отечественный законъ, потребуетъ продажи пчелъ или рыбъ отдѣльно отъ имѣнія своего должника, или если въ Россіи французъ, нашедшій кладъ, потребуетъ половины его себѣ? И неужели нужно для оправданія компетентности туземныхъ законовъ о сервитутахъ вида и свѣта обращаться къ требованіямъ добросо-сѣдскихъ отношеній, а слѣдовательно, и цивилизаціи ¹⁾? Въ другихъ случаяхъ стремленіе искать оправданія въ „особой важности“ приводитъ къ невѣроятнымъ натяжкамъ. Такъ, напр., въ Бельгіи малолѣтній имѣетъ легальную ипотеку на недвижимости своего опекуна при условіи публичной записи; во Франціи такая ипотека существуетъ и помимо записи. Можно понять, что для государства или общества особо важно, чтобы ипотека была записана, но, чтобы для нихъ такъ же важно было существованіе тайной ипотеки, это понять мудрено. Малолѣтній бельгіецъ будетъ, несомнѣнно, имѣть во Франціи тайное ипотечное право на французскую недвижимость своего опекуна-бельгійца, просто потому, что недвижимость лежитъ во Франціи, вслѣдствіе чего правоотношеніе бельгійскихъ малолѣтняго и опекуна крѣпче привязывается къ фран-

¹⁾ Laurent, op. cit., VII, pp. 398 ss.

цузскому правопорядку, чѣмъ къ бельгійскому; но Лорану, который разсматриваетъ этотъ случай, этого мало, и онъ договаривается до того, что во Франціи тайна легальныхъ ипотекъ образуетъ публичный порядокъ¹⁾, т. е., если бы ее не было, французскій общественный строй рассыпался бы на куски.

Для оправданія компетентности туземныхъ законовъ о землевладѣніи ссылка на „особую важность“ только ненужный наросъ; для объясненія исключительнаго дѣйствія другихъ законовъ она до крайности субъективна. Такъ, напр., Лоранъ доказываетъ, что законъ объ обязательномъ обученіи распространяется и на иностранцевъ; ему мало сказать, что образованіе и воспитаніе составляютъ содержание „lois de police“; онъ еще разсуждаетъ, что „общество не могло бы существовать, если бы въ его средѣ были люди, которые за недостаткомъ образованія и воспитанія похожи на животныхъ, потому что люди съ затемненнымъ разумомъ и нѣмою совѣстью необходимо становятся элементомъ смуты и агитацій²⁾“. Мысли великодушныя, спора нѣтъ, но и банальныя, и, главное, совѣтъ ненужный, разъ законъ — „de police“. Неужели у иностранца есть благопріобрѣтенное право не давать дѣтямъ образованія? Тогда въ чемъ сомнѣніе? Лоранъ не догадался, что надо различать иностранцевъ, постоянно живущихъ въ странѣ, и простыхъ путешественниковъ, т. е. различать разной крѣпости привязки семейственнаго правоотношенія къ территории правопорядка. Или тотъ же Лоранъ считаетъ нужнымъ оправдать то, что нельзя присудить иностранцу долгъ по игрѣ, если такое требованіе запрещено въ странѣ судьи, хотя бы оно было законно въ отечествѣ иностранца: „такой искъ противенъ самому фундаменту общества; напрасно сказали бы, что законодатель нечего заботиться о нравственности иностранцевъ; удовлетвореніе требованія иностраннаго игрока было бы гибельнымъ примѣромъ для тѣхъ, кто предпочитаетъ искать счастья въ игрѣ, вмѣсто того, чтобы работать³⁾“.

¹⁾ Laurent, op. cit. VII p. 499.

²⁾ Idem, vol. VIII p. 160.

³⁾ Laurent, op. cit. VIII p. 170.

Лоранъ опять не догадывается, что здѣсь истинное основаніе для отказа въ искѣ въ томъ, что судья не можетъ прилагать своихъ рукъ къ осуществленію притязанія, запрещеннаго его законодателемъ. Всѣ такого рода стремленія оправдывать „особою важностью“ примѣненіе законовъ форума—послѣдствіе ошибочной мысли, будто для иностранца законы его отечества уже сами по себѣ образуютъ его благопріобрѣтенное право или, даже больше, его святыню и его душу, какъ его вѣра и языкъ; ясно, что для покушенія на такіа цѣнности нужно, чтобы законы форума были въ самомъ дѣлѣ особо важны. Или, наконецъ, Лоранъ находитъ, напр., что мѣстное запрещеніе развода вовсе не важно; общество не развалится, если иностранцамъ позволять развестись въ согласіи съ ихъ національнымъ закономъ ¹⁾. Но, если стать на этотъ путь, то можно спросить, развалится ли общество, если иностранецъ возьметъ себѣ нѣсколько женъ заразъ, буде это допускается его національнымъ закономъ? И дѣйствительно, находятся писатели, которые отвѣчаютъ, что, конечно, не развалится, и потому почему бы не позволить *пропъжсему* иностранцу вступить въ странѣ, гдѣ полигамія запрещена, въ полигамическій бракъ ²⁾?

Но можно забыть объ этой субъективности понятія „особой важности“. Можно допустить, что разногласіе въ томъ, какіе законы особо важны, невозможно, и даже признать, что особо важны для общественнаго блага и законы о недѣйствительности долговъ по игрѣ, и законы о видахъ на жителство, и даже законы о кладѣ и о кроликахъ. Но кто рѣшится отрицать, что для общественнаго блага не менѣе важны законы о раздѣльности супружескихъ имуществъ, о порядкѣ наслѣдованія, объ отвѣтственности должника за просрочку, о формѣ завѣщаній? А между тѣмъ какъ-разъ правоотношенія семейственнаго, наслѣдственнаго и обязательственнаго права и формы сдѣлокъ обсуждаются—одни по національному закону иностранца, какъ индивида или какъ члена семьи или какъ наслѣдодателя, другія—по закону мѣста заклю-

¹⁾ Idem, op. cit., V, p. 283.

²⁾ Pillet, Principes de droit international privé, 1903, p. 419.

ченія договора или совершенія акта. Значить, публичный порядокъ терпитъ, чтобы столь важныя правоотношенія регулировались не его законами, потому что въ самомъ дѣлѣ общество не распадется на части отъ того, что въ его средѣ живутъ тысячи и миллионы людей, которые по законамъ страны должны бы считаться не законно вѣнчанными, не законно-рожденными, не законно унаслѣдовавшими, и не разваливается отъ того, что должникъ отвѣтитъ въ большемъ размѣрѣ или что на завѣщаніи окажется только подпись завѣщателя, а не также и подписи двухъ свидѣтелей. Опять ясно, что, когда туземный законъ не отступаетъ предъ иностраннымъ, то основаніе этого не можетъ быть въ томъ, что онъ много важнѣе тѣхъ законовъ, которые иногда замѣняются иностранными, и что, слѣдовательно, категорію публичнаго порядка нельзя опредѣлять какъ сокровищницу особо важныхъ законовъ. Если начать послѣдовательно проводить принципъ, что при доказанной важности закона для соціального строя онъ долженъ быть отнесенъ въ категорію публичнаго порядка, то что вообще останется отъ иностранныхъ законовъ? Что можетъ быть важнѣе распространенія на всю территорію государства единого кодекса гражданскихъ законовъ? Какъ трудно достигалось это, напр., во Франціи и въ Германіи, послѣ какой борьбы съ мѣстными кутумами и традиціями въ одной, съ пандектнымъ правомъ и съ партикулярными законами и обычаями въ другой; однако, всюду мирятся съ дѣйствіемъ на территоріи при извѣстныхъ условіяхъ иностранныхъ законовъ, т. е. съ нарушеніемъ столь важнаго начала подведенія всѣхъ жизненныхъ отношеній въ странѣ подъ одинъ и тотъ же законъ ¹⁾.

Такъ и второе представленіе о томъ, что есть публичный порядокъ въ смыслѣ международнаго частнаго права, оказывается неудовлетворительнымъ: въ коробку съ „особо важными“ законами просятся и такіе, которые не относятся къ нетерпящему иностранныхъ законовъ *ordre public interna-*

¹⁾ Cf. Vareilles-Sommières, La synthèse du droit international privé, I p. 123.

tional. Вопросъ о критеріи этого публичнаго порядка остается открытымъ.

VIII.

Поиски критерія осложняются тѣмъ, что обыкновенно спрашиваютъ не о томъ, можно ли допустить дѣйствіе иностраннаго закона, а о томъ, обязательенъ ли туземный законъ и для иностранцевъ; не о томъ, слѣдуетъ ли пожертвовать однообразіемъ нормировки правоотношеній въ странѣ ради сохраненія благопріобрѣтеннаго права, а о томъ, можно ли заставить иностранца подчиниться туземному закону, когда въ его отечествѣ такого закона нѣтъ. На этой почвѣ вырастаютъ такіа несообразныя изслѣдованія, какъ-то, всѣ ли *уголовные* законы входятъ въ категорію *ordre public international*, т. е. обязательны и для иностранцевъ. Въ этомъ усомнился, напр., Деспанье, взявъ, какъ примѣръ, законъ 28 марта 1882 г. объ обязательномъ обученіи. Чтобы рѣшить, куда этотъ законъ относится, нужно, думаетъ онъ, знать, чего хотѣлъ законодатель: только ли распространенія образованія ради разумнаго пользованія всеобщимъ избирательнымъ правомъ, или же осуществленія абсолютнаго нравственнаго принципа, обязывающаго родителей заботиться и о духовномъ развитіи дѣтей; въ этомъ второмъ случаѣ законъ относится къ *ordre public international*, потому что нарушение его было бы „скандаломъ, компрометирующимъ коллективный интересъ государства“. Чего именно хотѣлъ законодатель въ данномъ случаѣ, это Деспанье не интересуется; ему нужно только показать, что критерій „уголовности“ недостаточенъ для рѣшенія вопроса, куда относить законъ ¹⁾. Но Деспанье не задумывается надъ тѣмъ, что законодатель могъ имѣть въ виду одно, а цѣли, достигаемыя закономъ, могутъ быть другія; какъ быть тогда? На самомъ дѣлѣ самое возбужденіе вопроса праздно. Судья всегда примѣняетъ только свои уголовные законы и никогда не судитъ по иностраннымъ уголовнымъ законамъ. Конфликтное право опредѣляетъ, въ какихъ случаяхъ компетентно ту-

¹⁾ Despagnet, op. cit., p. 212.

земное, въ какихъ—иностранное гражданское законодательство. То обстоятельство, что иностранцы не подпадаютъ подъ дѣйствіе всѣхъ уголовныхъ законовъ страны, не имѣетъ отношенія къ международному частному праву.

Въ тѣхъ же поискахъ критерія законовъ публичнаго порядка задаются вопросомъ, входятъ ли въ эту категорію только запретительные законы, или также и дозвольтельные. Такъ, тотъ же Деспанье, признавая, что по формулѣ, которой воспользовался законодатель, нельзя судить, рѣшаетъ, что всякая норма, которая не абсолютно принудительна, въ категорію *ordre public international* не входитъ; такъ, напр., легитимация только дозволена во Франціи, а потому неправильно предоставлять здѣсь англичанину право легитимации, вопреки его національному закону; или въ странѣ, гдѣ разводъ допускается, нѣтъ основанія дозволить разводъ иностранцевъ, которымъ ихъ національный законъ разводиться не дозволяетъ; и потому, „не колеблясь“, Деспанье утверждаетъ, что всякій *дозвольтельный* законъ къ публичному порядку не относится ¹⁾. Однако, въ двухъ примѣрахъ Деспанье рѣшающее значеніе можетъ имѣть вопросъ, имѣетъ ли иностранецъ благопріобрѣтенное въ отечествѣ право, которое надлежитъ сохранить за нимъ и за границей, а вовсе не то, что законы о легитимации и о разводѣ только дозвольтельные. Куда отнести бы Деспанье законъ, дозволяющій смѣшанные браки или бракъ монашествующаго?

Однако, въ концѣ концовъ, вопросъ о томъ, можно ли въ коробку съ ярлыкомъ *ordre public international* положить и такіе-то законы, не избавляетъ отъ необходимости поставить основной вопросъ: въ чемъ критерій? И въ отвѣтъ на это, послѣ долгаго настраиванія инструментовъ, раздается унисонное „*ignominus*“. Бесильные найти искомое, нѣкоторые надѣются отдалить моментъ объявленія несостоятельности отсылкою къ судѣ: „Надо сознаться, говоритъ Сюрвилъ, что тщетны всѣ попытки установить критерій каждой изъ двухъ группъ публичнаго порядка, когда нѣтъ законодательнаго

¹⁾ Despagne, l. c. p. 214.

текста; это вопросъ факта, и рѣшать его надо предоставить осторожному судѣ¹⁾“. „Воззрѣнія на характеръ закона, говоритъ Лене, подвержены измѣненію, и потому критерій обязательности закона для иностранцевъ пусть ищетъ не законодатель, а судья; точнаго и постояннаго критерія нѣтъ; судья долженъ справляться съ современнымъ ему состояніемъ правовъ и идей²⁾“. „Узнать, относится ли законъ къ *ordre public international*, говоритъ Вейсъ, дѣло судьи; онъ долженъ безпристанно направлять взоры на цѣль, которую законодатель, именемъ котораго онъ творитъ правосудіе, преслѣдовалъ, издавая ту или иную норму³⁾“. Т. е. одинъ совѣтуетъ судѣ считаться съ цѣлями законодателя, другой—съ цѣлями закона, а третій—просто осторожность. Но никакая оттяжка не можетъ спасти отъ необходимости сказать всю правду, и ее говорятъ. „Критерія для понятія публичнаго порядка не существуетъ“, признаетъ Деспанье; открыть, какіе законы входятъ въ его составъ, можно только путемъ изученія „мысли законодателя и тѣхъ основныхъ принциповъ, которые, открыто или молчаливо, дѣйствуютъ въ законодательствѣ⁴⁾“. „Понятіе публичнаго порядка, заявляетъ Федоцци, совершенно неуловимо; любая формула будетъ вѣрна или нѣтъ, въ зависимости отъ искусства толкователя⁵⁾“.

IX.

На словахъ всѣ доселѣ прошедшіе предъ нами искатели критерія публичнаго порядка объявляли себя вѣрными учениками Савиньи; на дѣлѣ они вовсе не считались съ тѣмъ, что публичный порядокъ, по мысли Савиньи, составляетъ только *исключеніе* изъ правила, по которому компетентенъ иностранный законъ. И потому знакомящійся съ литературой предмета ожидаетъ, что онъ найдетъ рѣшеніе вопроса у

¹⁾ Surville, въ *Journal Clunet*, 1889, p. 537.

²⁾ Lainé, въ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, pp. 355 ss.

³⁾ Weiss, *op. cit.* III, pp. 93 ss.

⁴⁾ Despagnet, *l. c.* p. 215.

⁵⁾ Fedozzi въ *Journal Clunet*, 1897 p. 72.

тѣхъ, кто понимаетъ разницу между компетентностью *legis loci* и устраненіемъ иностраннаго закона по требованію *legis fori*. Ожиданіе это не сбывается.

Въ маленькой замѣткѣ *Chausse*¹⁾ (1893) объяснилъ, какую путаницу вносить въ теорію конфликтнаго права отождествленіе публичнаго порядка съ реальнымъ статутомъ. Въ чемъ эффектъ законовъ публичнаго порядка?—Въ томъ, что конфликтное правило нарушается потому, что примѣненіе компетентнаго, въ силу этого правила, иностраннаго закона способно приводить къ вредному, по мнѣнію мѣстнаго законодателя, для общественнаго порядка или добрыхъ правовъ его страны состоянію вещей. При этомъ понятно, что каждый законодатель способенъ судить только о томъ, противно ли примѣненіе иностраннаго закона публичному порядку *его* страны, а не о томъ, опасно ли оно для публичнаго порядка *чужой* страны. Иное дѣло законы о правѣ собственности. Ихъ компетентность основана на самой природѣ вещныхъ правоотношеній и отъ соображеній о публичномъ порядкѣ не зависитъ. Оправдывать компетентность реального статута ссылкой на публичный порядокъ опасно, потому что этимъ суживается сфера примѣненія реального статута; онъ превращается въ такое же исключеніе, какъ и законы публичнаго порядка. Такъ, предположимъ, что идетъ споръ о движимости, находящейся за границей. Если нашъ судья знаетъ, что компетентность *legis rei sitae* диктуется самою природою правоотношенія и составляетъ основное правило конфликтнаго права, онъ не задумается рѣшить споръ по закону той чужой страны, гдѣ движимость находится. Но, если онъ думаетъ, что законы о собственности входятъ въ понятіе публичнаго порядка, то онъ усомнится, слѣдуетъ ли ему примѣнить тотъ иностранный законъ, потому что не его дѣло заботиться объ огражденіи чужого публичнаго порядка. И, какъ показалъ нѣсколькими годами позже *Aubry* (1901)²⁾, судья рискуетъ вынести явно бессмысленное

¹⁾ *Chausse*, въ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 486.

²⁾ *Aubry*, De la notion de territorialité en droit international privé, въ *Journal Clunet*, 1900, pp. 682; 1901, pp. 253, 643; 1902 pp. 209 ss.

рѣшеніе, примѣнивъ свой законъ, потому, что вслѣдствіе терминологической небрежности „территоріальными“ законами привыкли называть и *lex loci*, и *lex fori*. Пока эти два закона совпадаютъ (судья нужно рѣшить споръ о движимости, находящейся въ его странѣ), бѣды отъ того, что основаніе всѣхъ территоріальныхъ законовъ видятъ въ публичномъ порядкѣ, нѣтъ. Но, когда эти законы разные, судья подвергается искушенію устранить заграничную *lex loci*, потому что ему сказали, что его собственная *lex loci* (=территоріальный законъ) есть тоже законъ публичнаго порядка (=территоріальный законъ).

Брошенное Chausse'омъ мимоходомъ замѣчаніе о публичномъ порядкѣ было не чѣмъ инымъ, какъ повтореніемъ представленія Савиньи о роли „строга принудительныхъ“ и „неизвѣстныхъ“ законовъ,—представленія, забытаго въ романской литературѣ. Съ рѣдкой отчетливостью *Bartin* поставилъ вопросъ снова такъ, какъ понималъ его первоучитель современныхъ конфликтистовъ ¹⁾. „Публичный порядокъ“ объемлетъ случаи, когда въ видѣ *исключенія* примѣняется *lex fori*, тогда какъ нормально, въ силу общности, существующей между правопорядками, и согласно природѣ правоотношенія, слѣдовало бы примѣнить иностранный законъ.

На примѣрахъ, взятыхъ изъ судебной практики разныхъ странъ, *Бартенъ* показалъ, въ чемъ особенность законовъ публичнаго порядка. Ихъ нельзя смѣшивать съ законами *реального статута*: вещныя права нормально обсуждаются по *lex rei sitae*; вслѣдствіе этого судья долженъ право собственности на движимость, находящуюся въ чужой странѣ, обсуждать не по своимъ законамъ о правахъ вещныхъ, а по законамъ той другой страны. Но вотъ случай, когда правило устраняется во имя публичнаго порядка: французская судебная практика распространила законъ 15 іюня 1872 г., по которому собственникъ украденной бумаги на предъявителя имѣетъ виндикаціонный искъ противъ добросовѣстнаго покупателя, на тѣ случаи, когда такая бумага

¹⁾ *Bartin*, Les dispositions d'ordre public въ *Études de droit international privé*, 1899.

куплена за границей. По конфликтнымъ нормамъ французскаго права компетентенъ иностранный законъ о покупкѣ краденыхъ бумагъ; но публичный порядокъ ставить на мѣсто реального статута законъ форума.

Нельзя смѣшивать эти законы и съ законами о *последствіяхъ гражданскихъ правонарушений*. Нормально отвѣтственность за убытки должна обсуждаться по закону страны, гдѣ совершено правонарушение (*lex loci delicti commissi*). Но, когда французскій судъ присуждаетъ убытки отъ неправомернаго ареста парохода въ Нью-Йоркѣ, хотя по закону Нью-Йорка такой арестъ не даетъ права на убытки; или когда этотъ же судъ присуждаетъ убытки отъ недобросовѣстной конкуренціи въ Англіи, хотя за проступокъ, совершенный не на французской территоріи и иностранцемъ, во Франціи преслѣдовать нельзя, — то въ обоихъ случаяхъ взысканіе, противное компетентному закону, опирается на публичный порядокъ. Судья беретъ матеріальныя нормы собственнаго законодательства и примѣняетъ ихъ въ отступленіе отъ конфликтной нормы своего же законодательства, приказывающей примѣнить иностранный законъ.

Существуетъ разница между законами публичнаго порядка и *уголовными*. Судья примѣняетъ всегда только свои уголовныя законы; напротивъ, изъ гражданскихъ законовъ могутъ быть нормально компетентны то свои, то чужіе. Нормы публичнаго порядка судья примѣняетъ также только свои; но, въ отличіе отъ законовъ уголовныхъ, онъ примѣняетъ ихъ по исключенію.

Эта черта, — что судья примѣняетъ исключительно свой законъ, — встрѣчается и у законовъ *процессуальныхъ*. Но и здѣсь разница: судья примѣняетъ свои процессуальныя законы — нормально; законы публичнаго порядка — по исключенію. Кромѣ того, процессуальныя законы могутъ имѣть и экстра-территоріальное значеніе въ томъ смыслѣ, что судья, давая *exequatur* иностранному рѣшенію, долженъ признать его правильнымъ, если оно соответствуетъ процессуальнымъ законамъ страны, гдѣ постановлено рѣшеніе. Но судья никогда не обязанъ признавать иностранное рѣшеніе правильнымъ по

существо потому лишь, что оно соответствует иностранным законам публичного порядка.

Одним словом, нормы публичного порядка суть единственные в своем роде, совершенно оригинальные нормы; они составляют исключения из конфликтных правил.

Влиянию Бартена слѣдуетъ приписать появленіе правильной постановки вопроса у послѣдующихъ писателей. Такъ, Діена ¹⁾ въ своемъ новѣйшемъ произведеніи (1910) проводитъ уже принципиальную разницу между законами публичного права и законами публичного порядка. Первые господствуютъ на территоріи государства въ силу его суверенитета; они примѣняются абсолютно, никогда не склоняясь предъ иностранными законами публичного права. Иное дѣло законы публичного порядка. Они хотя также занимаютъ господствующую позицію, но только достается она имъ послѣ того, какъ оттуда вытѣсненъ противникъ—иностранные законы. Въ принципѣ частное правоотношеніе даннаго рода обсуждается по національному закону иностранца; но существуютъ туземные законы, которые властно требуютъ, чтобы примѣнили ихъ, а не тотъ національный законъ. Діена заходитъ слишкомъ далеко, утверждая, что судья никогда не примѣняетъ иностранныхъ законовъ публичного права: если, напр., идетъ споръ о томъ, приобрѣтено ли за границей субъективное право, то нужно предварительно рѣшить, существуетъ ли законъ, на которомъ это право основано; отвѣтить на этотъ предварительный вопросъ можно, очевидно, только на основаніи конституціоннаго права того иностраннаго государства, на чей законъ ссылаются ²⁾. Въ этомъ смыслѣ, т. е. для рѣшенія преюдиціальнхъ вопросовъ, судъ не можетъ игнорировать и иностранные уголовные законы. Но съ этой оговоркой, все значеніе которой будетъ выяснено ниже, можно принять то различіе между законами публичного права и публичного порядка, которое показываетъ Діена: по своему личному статусу супруги—французы могли бы раз-

¹⁾ Diena, Principi di diritto internazionale, II, Diritto internazionale privato, 1910, p. 53.

²⁾ Zitelmann, Internationales Privatrecht I, pp. 286—330.

вестись въ Италиі, русскій еврей не могъ бы пріобрѣсти тамъ сельскую недвижимость; но во имя законовъ публичнаго порядка—о запрещеніи развода и о гражданскомъ равноправіи—первымъ разводиться не позволять, второму купить недвижимость не помѣшаютъ.

Итакъ, законы публичнаго порядка—особенные. Тѣмъ интереснѣе указать ихъ критерій. Въ чемъ же онъ? И вотъ тѣ самыя, кто такъ ярео показали, что это законы, дѣйствующие, какъ *leges fœd*, какъ исключенія изъ правилъ о нормальной компетентности,—Бартенъ и Обри,—оба отвѣчаютъ, что критерія нѣтъ! Бартенъ находитъ, что искать его—занятіе бесполезное и пустое, его найти нельзя; и онъ рекомендуетъ удовольствоваться принятіемъ трехъ положеній: 1, законъ можетъ быть относимъ къ публичному порядку только на территоріи своего законодателя и только для судьи, который отправляетъ правосудіе именемъ этого законодателя; то обстоятельство, что иностранный законъ противенъ публичному порядку другого государства, не есть основаніе для отмены дѣйствія компетентнаго иностраннаго закона; 2, устраненіе иностраннаго закона по соображеніямъ публичнаго порядка и замѣна его своимъ закономъ имѣетъ значеніе только для территоріи фòрума; на чужой территоріи и для судьи этой чужой территоріи, если правоотношеніе тамъ вновь подвергнется обсужденію, долженъ получать безпрепятственно свое значеніе тотъ законъ, который нормально компетентенъ; и 3, судья можетъ примѣнить только тѣ законы своего публичнаго порядка, которые дѣйствуютъ (актуальны) въ моментъ обсужденія спорнаго правоотношенія, а не тѣ, которые дѣйствовали въ моментъ возникновенія правоотношенія¹⁾. Но всѣ эти правила напоминаютъ рецепты въ домашнихъ лѣчебникахъ, доколѣ неизвѣстно, какіе законы образуютъ публичный порядокъ. И съ той же резиньацией Обри заявляетъ, что нужно откровенно признать свое безсиліе; что истиннаго критерія нѣтъ; что въ каждой странѣ вопросъ долженъ ставиться отдѣльно; что въ

¹⁾ Bartin, op. cit., p. 192.

отвѣтъ на него всегда будетъ доля произвольности, элементъ чувства, настроенія, и что лучше всего полагаться на инициативу и таесть судебной практики ¹⁾). Поистинѣ: возвращеніе къ разбитому корыту.

Х.

Бартенъ далъ оригинальное, но совершенно фантастическое объясненіе этой безнадежности.

Международное частное право предполагаетъ, что между отдѣльными государствами существуетъ юридическая связь въ видѣ фикціи *quasi ex contractu*. Эта связь охватываетъ только государства одинаковой культуры, и потому нормы конфликтнаго права могутъ имѣть только частичное примѣненіе; на государства, стоящія на болѣе низкихъ ступеняхъ цивилизаціи, эти нормы не распространяются. Твердыхъ и неизмѣнныхъ границъ для ихъ примѣненія нѣтъ: можно классифицировать государство съ точки зрѣнія ихъ гражданскихъ правопорядковъ и соотвѣтственно показать прогрессію въ примѣненіи конфликтныхъ нормъ отъ правопорядковъ менѣе цивилизованныхъ народовъ къ болѣе цивилизованнымъ. Тотъ кругъ, который объемлетъ государства въ цѣляхъ примѣненія правилъ международнаго права, обшириѣе того, на который распространяются нормы конфликтнаго права, потому что для перваго имѣетъ значеніе „сумма общихъ элементовъ ихъ цивилизацій“, а для втораго нужно, чтобы ихъ гражданскіе законы были достойны „пользоваться благами раціональныхъ нормъ конфликтнаго права“. Бартенъ беретъ нѣсколько судебныхъ рѣшеній, въ которыхъ судьи отказывались примѣнять обычай дикаго племени, или законъ китайскій или турецкій, и примѣняли, вопреки правиламъ конфликтнаго права, свои законы, или рѣшали по соображеніямъ естественнаго права, на томъ основаніи, что иностранный законъ или обычай принадлежали государству, съ которымъ ихъ государство не составляло международнаго сообщества. И въ этомъ Бартенъ видитъ ключъ къ объяс-

¹⁾ Aubry, I. c., 1902, p. 241—242.

ненію системы публичнаго порядка: судья отказывается примѣнить къ правоотношенію законъ, который въ силу конфликтныхъ нормъ его собственнаго государства нормально компетентенъ, потому что государство, законъ котораго онъ отвергаетъ, не находится, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія конфликтныхъ нормъ, въ международномъ сообществѣ съ его собственнымъ государствомъ. Когда французскій судья отказывается примѣнить англійскій законъ, хотя нормально только этотъ законъ и компетентенъ, то это значитъ, что для даннаго случая Франція не считаетъ себя стоящею въ международноправовомъ сообществѣ съ Англіей съ точки зрѣнія конфликтнаго права. А такъ какъ во всѣхъ странахъ надъ всѣми конфликтами законовъ господствуетъ система публичнаго порядка, то отсюда слѣдуетъ, что въ настоящее время нѣтъ двухъ цивилизованныхъ государствъ, которыя съ точки зрѣнія международнаго частнаго права стояли бы въ полномъ международномъ сообществѣ. Такое полное сообщество существуетъ между цивилизованными государствами съ точки зрѣнія международнаго права; съ точки зрѣнія же конфликтнаго права оно еще долго будетъ чистою химерою. Отсюда Бартенъ заключаетъ, что нѣтъ никакой возможности и никогда нельзя будетъ перечислить нормы публичнаго порядка даннаго законодательства, — потому что рѣшеніе вопроса, относится ли законъ къ области публичнаго порядка, зависитъ не отъ какого либо принципа, который могъ бы быть выраженъ въ какой-нибудь формулѣ, а только отъ того, признаетъ или отрицаетъ судья международное сообщество между своимъ государствомъ и тѣмъ, чей законъ нормально компетентенъ, а это признаніе или отрицаніе не можетъ быть выражено въ какой либо юридической формулѣ.

На самомъ дѣлѣ химерично все построеніе Бартена. Что государства образуютъ международное сообщество и что надъ ними стоитъ *международное право*, представляющее къ нимъ свои требованія и дающее имъ взаимныя права, это фактъ. Но, чтобы гражданскіе порядки также составляли юридическое сообщество, связанное... фикціей (!) и евалифицируемое, какъ правоотношеніе *quasi ex contractu*, это

не больше, какъ чайнѣ, которое претворяется въ дѣйствительность только, когда государства взаимно обязались имѣть одинаковыя конфликтныя нормы. Культурная близость правопорядковъ, благодаря которой они могутъ свободно обмѣниваться своими матеріальноправовыми нормами, не есть еще юридическое отношеніе между ними. Французскій и англійскій правопорядки не образуютъ ни подлиннаго, ни quasi-товарищества; фикція не можетъ ихъ связывать, какъ и вообще выдумка не замѣняетъ дѣйствительности, и, напротивъ, обращеніе къ фикціи только доказываетъ отсутствіе юридической связи. Культурная близость правопорядковъ даетъ возможность судья дѣлать выборъ между своимъ и чужимъ законами и отдавать иногда предпочтеніе чужому, когда это нужно для сохраненія благопріобрѣтеннаго въ чужой странѣ гражданскаго права; но судья дѣлаетъ это не потому, чтобы его къ этому обязывало международное право, а потому, что это предписываетъ его собственное законодательство. Между требованіями международного права и требованіями конфликтнаго права нѣтъ никакого параллелизма, потому что первое регулируетъ отношенія между живыми коллективностями, а второе даетъ правила для выбора между безмолвными сборниками законовъ ¹⁾. Представленіе о двухъ концентрическихъ кругахъ, болѣе обширномъ международнаго права и болѣе тѣсномъ конфликтнаго права,—не соответствуетъ ничему реальному. Если въ приведенныхъ Барте-номъ рѣшеніяхъ судъ отвергаетъ значеніе обычая дикаго племени, то это, навѣрно, племя, не образующее государства; примѣръ съ непризнаніемъ англичанина домицилированнымъ въ Китаѣ объясняется просто ученіемъ англійскаго права о домицилѣ; совершенно невѣрно, чтобы китайское и турецкое законодательства цѣликомъ оставались за бортомъ конфликтнаго права. Подвергнуть остракизму правопорядокъ цѣлаго государства, въ которомъ собственное государство судьи признало члена международного сообщества, не осмѣлится ни одинъ судья. Если же онъ, сравнивъ

¹⁾ Aubry, I. c. p. 229.

два закона, отдать предпочтенеі своему, то метафорически можно называть это отсутствіемъ общности правопорядковъ, но слово общность не имѣетъ при этомъ юридическаго значенія.

Бартенъ впадаетъ въ односторонность, когда объясняетъ случаи непримѣненія иностраннаго закона вопреки принципу, требующему этого примѣненія, частичнымъ отказомъ отъ общенія съ чужимъ правопорядкомъ. На ряду съ тѣми случаями, отвѣтственность за которые взваливается на плечи сфинкса—публичнаго порядка, есть множество такихъ, гдѣ совершенно откровенно замѣна компетентнаго въ принципѣ иностраннаго закона туземнымъ объясняется желаніемъ законодателя предоставить льготу своимъ подданнымъ. На это указалъ еще старшій нѣмецкій критикъ ученія Савиньи, Р. Шмидъ ¹⁾, и цѣлый рядъ примѣровъ этого даетъ судебная практика и законодательство новаго времени. Достаточно напомнить тѣ ограниченія, которыя постепенно внесены въ рядѣ странъ въ принципъ опредѣленія дѣеспособности иностранца, совершающаго сдѣлки въ странѣ, по его личному статуту ²⁾, и только процитировать тѣ статьи EG. zum BGB., въ которыхъ предписывается примѣнять германское право, ибо, въ концѣ концовъ, международное общеніе—явленіе высокой цѣнности, и забота объ обезпеченіи международнаго гражданскаго оборота путемъ защиты благопріобрѣтенныхъ за границу правъ должна стоять на видномъ мѣстѣ въ мѣропріятіяхъ законодателя, но и огражденіе спеціальныхъ интересовъ собственной страны и ея населенія также должно его озабочивать; а отсюда неизбежно вытекаютъ отступленія отъ принципиально признанныхъ конфликтныхъ нормъ, которыя ни въ какой степени не могутъ свидѣтельствовать объ отсутствіи культурной общности правопорядковъ ³⁾.

Разсмотрѣніе значительнаго количества судебныхъ рѣ-

¹⁾ Reinhold Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, 1865.

²⁾ Ср. Брунъ, Право и дѣеспособность физическаго лица въ конфликтномъ правѣ, 1915, стр. 51 сл.

³⁾ Ср. Aubry, l. c. p. 233.

шений даетъ Бартену основаніе заключить, что понятіе публичнаго порядка постепенно редуцируется, такъ что, хотя нѣтъ надежды, что оно исчезнетъ вовсе, но можно предсказать, что къ ссылкамъ на публичный порядокъ будутъ прибѣгать все рѣже и рѣже. Объясняется это явленіе прогрессивнаго редуцированія публичнаго порядка, по мнѣнію Бартена, тѣмъ, что входящія въ него нормы характеризуются только большою разницею между ними и тѣми соотвѣтствующими нормами иностраннаго законодательства, которыя должны бы примѣняться въ силу конфликтнаго принципа: по мѣрѣ того, какъ будетъ измѣняться мнѣніе судей о цѣнности иностраннаго законодательства, будетъ суживаться и кругъ непримиримыхъ законовъ, образующихъ публичный порядокъ... Потомки увидятъ, оправдалось ли пророчество Бартена; для насъ интереснѣе знать, на чемъ оно строится. Признаки наблюдаемаго имъ явленія Бартенъ усматриваетъ въ томъ, что въ настоящее время судьи не колеблются болѣе, какъ лѣтъ 50 тому назадъ, признавать на своей территоріи эффекты иностранныхъ законовъ, противныхъ публичному порядку ихъ страны,—каковы, напр., допущеніе развода и отысканіе вѣнбрачнаго отца,—если только отъ нихъ требуется, чтобы они сдѣлали выводъ изъ факта примѣненія такого противнаго закона заграничей: они признаютъ разведеннаго заграничей иностранца свободнымъ отъ брачныхъ узъ; признаютъ право на алименты иностранца, который заграничей доказалъ свое вѣнбрачное происхожденіе, и т. д. Нѣсколько ниже мы увидимъ, что это явленіе объясняется вовсе не редукціей понятія публичнаго порядка, а постепеннымъ проникновеніемъ въ сознаніе юристовъ, что рѣшающее значеніе при выборѣ закона имѣетъ не одно его содержаніе, но и крѣпость привязки спорнаго правоотношенія къ его территоріи.

XI.

Предварительно слѣдуетъ особо упомянуть объ одномъ изъ писавшихъ о публичномъ порядкѣ,—о претенціозномъ Пилъе. Онъ много разъ возвращался къ предмету; и, такъ

какъ онъ много о немъ думалъ, то можно было бы ожидать, что загадку разрѣшить по крайней мѣрѣ онъ. При изложеніи его доктрины здѣсь берется во вниманіе его послѣднее произведеніе (1903 г.)¹⁾. Оно написано послѣ работъ Бартена и Обри; авторъ знакомъ даже съ трудами Цительмана и Кана; чѣмъ больше основаній рассчитывать на благопріятный результатъ, тѣмъ жесточе разочарованіе.

Законы публичнаго порядка, сообщаетъ Пилле, исключительные. Они синонимъ законовъ соціальной гарантіи (въ противоположность законамъ индивидуальнаго покровительства); ихъ особенность въ томъ, что они подвергають индивидуальных ограниченій свободы безъ компенсаціи; выгода отъ жертвъ, приносимыхъ индивидомъ, достается обществу въ цѣломъ, индивидъ же испытываетъ возложенную на него тяжесть только какъ тяжесть. И потому законодатель, если онъ уважаетъ свободу своихъ подданныхъ (а если не уважаетъ?), долженъ остерегаться увеличивать число этихъ законовъ больше того, что крайне необходимо (а если онъ этого не думаетъ?). Вотъ, въ какомъ смыслѣ это—законы исключительные (р. 291)... Читатель видитъ предъ собою индивидуалиста манчестерскаго толка, воспитавшагося на публицистической литературѣ, которая устарѣла за нѣсколько десятилѣтій до того, какъ авторъ началъ писать: надо издавать возможно меньше законовъ, ограждающихъ общество отъ воздѣйствій индивида, во всякомъ субъективномъ публичномъ правѣ слѣдуетъ видѣть только ничѣмъ не компенсированное бремя! Но, поучаетъ Пилле дальше, изъ того, что это законы исключительные, не слѣдуетъ, что „въ международной матеріи“ экстратерриториальность есть правило, а территориальность—исключеніе, какъ это думали Савиньи и итальянцы: существуютъ два параллельныхъ правила: законы соціальной гарантіи—территориальны, законы индивидуальнаго покровительства—экстратерриториальны. Не называя Броше, который уже сказалъ это, Пилле объявляетъ, какъ собственное мнѣніе, что „территориальность есть нормальное правило, составля-

¹⁾ Pillet, Principes de droit international privé, 1903.

ющее интегральную часть рациональной доктрины (р. 367)⁴. Т. е. это не исключение изъ общаго правила, въ силу котораго для даннаго правоотношенія компетентны иностранные законы, а принципъ, во имя котораго дѣйствуютъ туземные законы. Пиле, такимъ образомъ, ничего не извлекаетъ изъ чтенія Бартена и Обри, отъ которыхъ онъ отдѣляется нѣсколькими фразами, и упорствуетъ въ разумѣніи подъ туземными законами какъ *leges loci*, такъ и *leges fori*.

Какіе же законы территоріальны, т. е. образуютъ публичный порядокъ или, что то же, социальную гарантію? Пиле отвѣчаетъ такъ, какъ лучше и желать нельзя: это отнюдь не только законы особо важныя въ социальномъ отношеніи, и вовсе не законы, касающіеся государства, въ отличіе отъ законовъ частнаго права; нельзя, объясняетъ онъ, противопоставлять другъ другу законы частнаго и публичнаго права, потому что всѣ частнопрововые законы интересуютъ государство. И Пиле иллюстрируетъ: законы о подданствѣ имѣютъ явно политическій характеръ, но касаются частныхъ лицъ; законы о покровительствѣ недѣеспособнымъ несомнѣнно интересуютъ государство и, однако, традиціонно относятся къ личному статусу (р. 371). Значить?—Читатель ждетъ, что сейчасъ послѣдуетъ разрѣшеніе загадки.

На самомъ дѣлѣ онъ узнаетъ, что подъ законами публичнаго порядка слѣдуетъ понимать тѣ, которые касаются преимущественно общества, которые одинаково „профитируютъ“ всѣмъ, которые написаны въ интересъ всѣхъ, а не только въ интересъ каждаго (*chacun*). Всѣ законы созданы въ интересъ каждаго, и достаточно любому подданному находиться въ условіяхъ, предусмотрѣнныхъ даннымъ закономъ, чтобы онъ могъ опереться на него и долженъ былъ повиноваться ему. Но не всѣ законы созданы въ интересъ всѣхъ: такой qualificatiō заслуживаютъ только тѣ, примѣненіе которыхъ „профитируетъ“ всему обществу, а не только опредѣленнымъ индивидамъ. Вообще довольно легко узнать, относится ли данный частнопрововой законъ къ категоріи публичнаго порядка или нѣтъ: если его примѣненіе въ каждомъ случаѣ „профитируетъ“ опредѣленнымъ лицамъ, съ

исключеніемъ всѣхъ другихъ, то это законъ частнаго порядка; если же всѣмъ или любимъ лицамъ, то это—законъ публичнаго порядка (pp. 375 ss.). Такъ у Пиле возвращается въ окно изгнанное въ дверь различіе по интересамъ. Въ этомъ нѣтъ сомнѣнія, потому что дальше Пиле объясняетъ, что законы публичнаго порядка имѣютъ задачей удовлетвореніе элементарнымъ и необходимымъ требованіямъ государственной жизни, миру, безопасности, честности оборота; они абсолютны, для нихъ каждый индивидъ есть только членъ общества; они образуютъ порядокъ; а въ идеѣ порядка лежитъ оправданіе ихъ территоріальности, потому что нельзя, чтобы иностранецъ своимъ поведеніемъ нарушалъ порядокъ, установленный законодателемъ, какъ нельзя солдату своими движеніями разстраивать парадъ (р. 377). Все это мы слышали уже много разъ отъ другихъ. А затѣмъ Пиле обращается къ перечисленію важнѣйшихъ законовъ публичнаго порядка и при этомъ обнаруживаетъ то же пристрастіе, какъ и итальянцы и Лоранъ, къ расширенію дѣйствія личнаго статута. Перечень этотъ очень длиненъ, не представляетъ ничего оригинальнаго и заканчивается законами процессуальными, дорожными, почтовыми и вообще тѣми, которые устанавливаютъ „просто порядокъ“ безъ эпитета (р. 392).

Все это не заслуживало бы упоминанія, потому что совершенно ясно, что различія между законами, „профитирующими“ всѣмъ или только опредѣленнымъ лицамъ, никого просвѣтить не могутъ. Но за этимъ бесплоднымъ изслѣдованіемъ Пиле даетъ другое, отъ котораго вѣетъ болѣею свѣжестью. Пиле объявляетъ, что все до сихъ поръ сказанное недостаточно, что нужно еще выяснить *компетентность* законовъ публичнаго порядка, т. е. какія правоотношенія должны обсуждаться по законамъ публичнаго порядка даннаго государства. Одно и то же отношеніе можетъ на протяженіи своего существованія прійти въ соприкосновеніе съ разными странами, и тѣмъ самымъ создается основаніе для примѣненія къ нему законовъ публичнаго порядка разныхъ странъ: по мѣсту возникновенія, или по мѣсту нахожденія объекта, по мѣсту жительства участниковъ, по мѣсту исполненія и т. д. Оно (и все это со-

вершенно вѣрно!) не стоитъ безразлично и всѣми своими сторонами подѣ властью законовъ *всѣхъ* этихъ странъ: напр., территоріальность процессуальныхъ законовъ касается его только, когда оно вступило въ судебную фазу своего существованія; въ данный моментъ и данною стороною оно подчиняется законамъ, которые въ другіе моменты и для другихъ его сторонъ нисколько его не касаются. Поэтому необходимо точно опредѣлить компетенцію каждой категоріи законовъ публичнаго порядка. Руководящимъ принципомъ при этомъ должна быть социальная цѣль каждого закона: „нелѣпо распространять дѣйствіе закона на такіа правоотношенія, которыя нисколько не вліяютъ на достиженіе его цѣли“ (pp. 400—404).

Пиле скромно сообщаетъ, что „никогда еще никто не предлагалъ теоріи опредѣленія компетентнаго закона въ матеріи законовъ публичнаго порядка“ (p. 419), т. е. вся наука конфликтнаго права родилась только въ моментъ, когда Пиле написалъ приведенныя страницы. На самомъ дѣлѣ онѣ повторяютъ только ту программу, которую далъ Савиньи, предлагая искать, „на какой территоріи сидитъ правоотношеніе“, т. е. къ какому изъ территоріальныхъ законодательствъ жизненное отношеніе крѣпче привязано,—программу, которую послѣдователи Савиньи разработали и углубили и которая представляетъ прелесть новизны только для начинающаго. Но въ томъ, что Пиле вспомнилъ объ этой программѣ только послѣ утомительнаго шествія въ дебряхъ публичнаго порядка, лежитъ лишнее доказательство того, въ какомъ безпросвѣтномъ туманѣ онъ бродитъ, претендуя при этомъ на роль вождя. Онъ началъ съ того, что упразднилъ весь вопросъ о содержаніи защитной оговорки, говоря, что нѣтъ исключенія, а есть правило территоріальности законовъ социальной гарантіи. Оттого онъ вслѣдъ за статутаріями XVI—XVIII вв. и за персоналистами XIX в. задался цѣлью опредѣлить, какіе законы по самой своей природѣ таковы, что они всегда компетентны, всегда территоріальны, никогда не отступаютъ предъ иностранными. Достигнувъ своей цѣли (какъ онъ, вѣроятно, думаетъ), Пиле ставитъ тотъ вопросъ, который

стоитъ предъ наукой конфликтнаго права со времени Савиньи: какой законъ компетентенъ для сужденія о томъ или другомъ элементѣ каждаго правоотношенія? Вопросъ,—который долженъ быть разрѣшенъ прежде, чѣмъ выдвинется дополнительный вопросъ о содержаніи защитной оговорки. Но изъ этихъ двухъ изслѣдованій которое нибудь ни на что не нужно, ибо, если мы уже знаемъ о законѣ, что онъ территориаленъ, то нечего еще спрашивать, при какихъ условіяхъ компетентенъ тотъ или другой законъ: вопросъ предрѣшенъ тѣмъ самымъ, что данный законъ территориаленъ. А если мы становимся на путь, предуказанный Савиньи, то какой смыслъ въ томъ, что мы предварительно приклеили къ закону ярлыкъ территориальности?

Но Пиле говорить не о территориальности законовъ вообще, а о территориальности законовъ публичнаго порядка, и берется опредѣлить „международный авторитетъ“ этого принципа. Его основаніе, разсуждаетъ Пиле, можетъ быть или въ международномъ правѣ, или во внутренне государственномъ законодательствѣ. Въ первомъ случаѣ онъ будетъ „элементомъ общности права между народами“, во второмъ,—„разрывомъ этой общности“; въ первомъ случаѣ его примѣненіе будетъ пользоваться универсальнымъ эффектомъ, и государство должно будетъ признавать недействительнымъ всякое юридическое дѣйствіе, противорѣчащее компетентному закону публичнаго порядка, даже если собственный публичный порядокъ государства въ дѣлѣ не заинтересованъ; во второмъ—судья каждаго государства долженъ считаться только съ тѣмъ, согласуется ли разсматриваемое правоотношеніе съ публичнымъ порядкомъ его государства, а отнюдь не заботиться о санкціонированіи нормъ иностраннаго публичнаго порядка. Пиле рѣшаетъ, что принципъ территориальности законовъ публичнаго порядка есть правило, а не исключеніе; а такъ какъ это—правило, то „оно имѣетъ право на всемірное уваженіе, какъ всякое другое правило международного частнаго права“. Въ одной изъ своихъ прежнихъ работъ Пиле называлъ это „уваженіе“—„рефлексивнымъ эффектомъ законовъ публичнаго порядка“. Всю нелѣпость этого

„рефлективного эффекта“ показала Обри: судья, слѣдую Пиле, долженъ изъ уваженія къ иностранному публичному порядку примѣнять *его* территориальный законъ; но что разумѣетъ Пиле подъ территориальнымъ закономъ: *lex loci* или *lex fori*? Если *lex loci*, то затрудненій нѣтъ: почему французскому судѣ не примѣнить къ вещному праву на имущество, находящееся въ Англіи, англійскій законъ? И нѣтъ бѣды въ томъ, что онъ это сдѣлаетъ „во имя уваженія“ къ чужому публичному порядку. А если—*lex fori*, то можетъ оказаться, что оба публичныхъ порядка предписываютъ разное, и тогда судья можетъ быть обязанъ рѣшить противно *своему* публичному порядку; но допустимо ли это, мыслимо ли, чтобы судья долженъ былъ нарушать свой публичный порядокъ въ качествѣ блюстителя чужого публичнаго порядка, какъ мирится такое требованіе съ тѣмъ, что государства преспокойно даютъ у себя пріютъ самымъ отъявленнымъ врагамъ чужихъ публичныхъ порядковъ? Ясно, что судья не можетъ дѣлать различія между своими и чужими законами публичнаго порядка: иностранные законы публичнаго порядка онъ долженъ примѣнять только *ratione loci*, но и то не всегда; а свои законы публичнаго порядка онъ долженъ примѣнять всегда, то *ratione loci*, то *ratione fori*. Отъ этого уничтожающаго опроверженія Пиле въ новѣйшемъ своемъ произведеніи уходитъ, замѣчая: „впрочемъ, рефлективный эффектъ присущъ не только законамъ публичнаго порядка; съ уваженіемъ слѣдуетъ относиться ко всякому правилу международнаго частнаго права (р. 424)“. Тѣмъ самымъ Пиле признаетъ, что понятіе публичнаго порядка ему ни на что не нужно. Это видно и косвенно, и прямо.

Чтобы „освѣтить отвлеченный вопросъ“, есть ли территориальность законовъ публичнаго порядка правило или исключеніе, Пиле беретъ для примѣра ст. 1780 *c. civ.*, запрещающую пожизненный наемъ въ услуженіе. Понятно, что во Франціи нельзя привести въ исполненіе договоръ объ этомъ, заключенный за границей, гдѣ такой наемъ дозволенъ. Но какъ быть въ обратномъ случаѣ? Договоръ заключенъ во Франціи, и его хотятъ осуществить въ чужой странѣ, гдѣ

такіе договоры дозволены. Если мѣстный судья смотритъ на исключеніе во имя публичнаго порядка только какъ на предписаніе своего внутренняго законодательства, онъ требованіе уважить, потому что *ею* публичный порядокъ не заинтересованъ. Обратно: если для этого судьи обязательно уваженіе къ чужому публичному порядку, онъ требованіе отвергнетъ, потому что правоотношеніе было установлено вопреки правиламъ международнаго частнаго права (р. 422). Изъ этого видно, какъ, манипулируя публичнымъ порядкомъ, Пиле осложняетъ и запутываетъ совершенно простой казусъ. Онъ беретъ договоръ, который не дѣйствителенъ по закону мѣста его заключенія; кредиторъ не приобрѣлъ въ отношеніи должника никакихъ правъ. Если судья держится правила, что дѣйствительность договоровъ обсуждается по *lex loci contractus* то онъ въ искахъ откажетъ. Публичный порядокъ здѣсь ни при чемъ. Напротивъ, если судья держится, какъ коллизіонной нормы, *lex loci executionis*, и въ конкретномъ случаѣ этотъ законъ совпадаетъ съ *lex fori*, то судья требованіе присудитъ, потому что кредиторъ приобрѣлъ право въ странѣ, гдѣ договоръ признается дѣйствительнымъ. Опять о публичномъ порядкѣ нѣтъ не вспомнить.

И прямо Пиле допускаетъ бесполезность обращенія къ понятію публичнаго порядка, выставляя два заключительныхъ положенія: 1) Всякое правоотношеніе, установленное вопреки правиламъ публичнаго порядка компетентнаго закона, должно всюду разсматриваться, какъ недѣйствительное. 2) Всякое правоотношеніе, установленное въ согласіи съ правилами публичнаго порядка компетентнаго закона, должно считаться дѣйствительнымъ (р. 425). Изъ этихъ тезисовъ можно выбросить слова: „правила публичнаго порядка“, какъ ни на что не нужны, и тогда мы будемъ имѣть основной постулатъ всего конфликтнаго права: если правоотношеніе законно съ точки зрѣнія компетентнаго закона, то его слѣдуетъ признавать законнымъ и на территоріи другихъ законодательствъ.

Итакъ, Пиле не объяснилъ намъ, что такое публичный порядокъ, но сказалъ, что существуютъ территоріальные законы публичнаго порядка; онъ сказалъ затѣмъ, что знать

это мало, а нужно еще выяснить компетентность каждого такого закона; и закончилъ тѣмъ, что въ силу требованія международного права компетентенъ каждый законъ, хотя бы и не публичнаго порядка. Пиле могъ бы съ самаго начала оставить въ покоѣ и территориальность законовъ, и публичный порядокъ.

Такъ, объ этомъ писателѣ можно сказать то, что Дайси недавно сказалъ о состояніи науки международного частного права въ концѣ 50-хъ гг. XIX в.: „эти вопросы осложнились предразсудкомъ, будто неаккуратное краснорѣчіе или многорѣчивость лорда Brougham'a суть здоровое изложеніе неясныхъ юридическихъ принциповъ“¹⁾.

ХІІ.

Давно уже у читателя на устахъ нетерпѣливый вопросъ: чѣмъ же объясняется, что послѣ десятилѣтій усилій столь многихъ толкователей публичный порядокъ въ смыслѣ конфликтнаго права остался такимъ же загадочнымъ понятіемъ, какъ и при своемъ появленіи подъ перомъ Манчини? И почему не могутъ справиться съ этой загадкой ни тѣ, кто, какъ итальянцы и Броше, берутъ это понятіе въ смыслѣ коробки со всѣми территориальными (= ab initio абсолютно господствующими на территоріи) законами, ни тѣ, кто, подобно Бартену, отождествляютъ его въ функциональномъ отношеніи со строго принудительными законами Савиньи?

Прежде всего они обыкновенно не давали себѣ яснаго отчета въ томъ, что матеріально-правовая и конфликтная норма дѣйствуютъ каждая при разныхъ предположеніяхъ. *Матеріально-правовой законъ* регулируетъ частныя правоотношенія; при коллизіи же двухъ разномѣстныхъ законовъ матеріальнаго права указаніе на то, который изъ нихъ правомоченъ для этого регулированія, даетъ *конфликтная норма*. Выше не разъ говорилось, *зачѣмъ* она это дѣлаетъ: для со-

¹⁾ Dicey въ рецензіи на Westlake'a въ Law Quarterly Review 1912, vol. 28, p. 343.

храненія въ неприкосновенности благопріобрѣтеннаго за границею субъективнаго права, когда велить примѣнять иностранный законъ; ради огражденія интересовъ туземнаго гражданского общества, когда требуетъ примѣненія туземнаго закона. Но на какомъ *юридическомъ основаніи* получаетъ конфликтная норма такое, а не иное содержаніе? Почему законодатель, которому, казалось бы, никто не можетъ помѣшать приказать, чтобы всегда и неизмѣнно примѣнялся туземный законъ, на самомъ дѣлѣ предписываетъ въ одномъ случаѣ останавливать выборъ на туземномъ законѣ матеріальнаго права, въ другомъ—на иностранномъ? Потому, что юридическимъ выраженіемъ соціально-историческаго факта дѣленія человѣчества на множество параллельно существующихъ гражданскихъ обществъ служитъ ограниченіе господства каждой матеріально-правовой нормы опредѣленнымъ кругомъ лицъ и правоотношеній; иначе и короче говоря, господствовать надъ всѣмъ человѣчествомъ могла бы только норма несуществующаго всемірнаго гражданского права; или, еще иначе, — всякой матеріально-правовой нормѣ сопутствуетъ, какъ ея тѣнь, конфликтная норма, которая то велить ей остановиться и исполнить свое назначеніе, то приказываетъ отойти прочь и дать мѣсто соперницѣ. Юридическимъ основаніемъ для того, чтобы конфликтная норма отдавала Парисово яблоко какой либо матеріально-правовой нормѣ, служитъ наличность одной изъ четырехъ возможныхъ привязокъ спорнаго правоотношенія къ сферѣ господства законодательства, въ которомъ эта матеріально-правовая норма почерпнута. Правоотношеніе можетъ быть привязано къ этой сферѣ или тѣмъ, что *лицо*, участвующее въ немъ, подданный даннаго государства, или постоянный житель страны, или временно въ ней пребываетъ; или тѣмъ, что *вещь*, составляющая объектъ правоотношенія, находится на территоріи законодательства; или тѣмъ, что юридическій фактъ или *дѣйствіе*, создающее, измѣняющее или прекращающее правоотношеніе, совершилось на территоріи законодательства; или, наконецъ, тѣмъ, что *судья* или иное должностное лицо призваны помочь въ установленіи или въ защитѣ правоотношенія. Quintum

non datur. При отсутствіи какой либо изъ этихъ четырехъ привязокъ къ сферѣ господства законодательства не примѣняется ни одинъ изъ его законовъ матеріальнаго права. Какое, напр., можетъ быть основаніе примѣнить законъ изъ цикла 1 ч. X т. Св. Заб. къ французской семьѣ, которая живетъ во Франціи, не имѣетъ въ Россіи никакого имущества, члены которой не совершили никакихъ дѣйствій на русской территоріи, ни въ отечествѣ такихъ, которыя разсчитаны на то, чтобы возымѣть эффектъ въ Россіи, и ни за чѣмъ не обращаются къ русскому суду, и нѣтъ другой не зовемъ ихъ къ нему? Но, стоитъ иностранцу очутиться на территоріи чужого законодательства, хотя бы мимолетно (въ переносномъ и въ прямомъ смыслѣ), чтобы для *нѣкоторыхъ* его правоотношеній образовалась привязка къ территоріи, т. е. чтобы туземный конфликтный законодатель получилъ юридическое основаніе приказать, чтобы *эти* правоотношенія подчинялись туземному матеріальному праву (примѣръ: у насъ даже путешественникъ иностранецъ не можетъ вступить въ бракъ иначе, какъ по церковной формѣ); но тотъ же конфликтный законодатель не будетъ имѣть достаточнаго основанія, чтобы привязать къ туземному матеріальному праву *другія* правоотношенія иностранца (примѣръ: наслѣдованіе въ движимомъ имуществѣ умершаго у насъ иностранца не будетъ, при наличности конвенціи или условій 1218 ст. 1 ч. X т., подлежать дѣйствию русскихъ законовъ). Впрочемъ, когда по мысли туземнаго конфликтнаго законодателя образовалась привязка даннаго правоотношенія съ участникомъ-иностранцемъ къ туземному матеріальному праву (примѣръ: иностранная семья прочно осѣла въ странѣ), то это значитъ пока только, что между туземными и національными иностранца законами матеріальнаго права образовался конфликтъ; какъ этотъ конфликтъ разрѣшится, будетъ зависетьъ отъ того, сочтетъ ли туземный конфликтный законодатель, что привязка къ территоріи крѣпче привязки къ отечеству иностранца; если конфликтъ разрѣшенъ въ пользу иностраннаго закона, то это значитъ, что конфликтный законодатель не считаетъ, что привязка къ его территоріи на-

столько существенна, чтобы изъ-за нея стоило разрывать привязку къ иностранному законодательству. Все это иллюстрируетъ привязки правоотношеній чрезъ посредство *лица*. Привязка *вещнаго* правоотношенія къ иностранному законодательству, хотя и возможна, если его субъектъ—иностранецъ, но эта привязка не имѣетъ никакого значенія на ряду съ привязкою къ законодательству страны, гдѣ лежитъ недвижимость или куда перемѣщена движимость; отсюда—исключительное дѣйствіе реального статута для всѣхъ вещныхъ правоотношеній. Изъ этихъ иллюстрацій видно, что выборъ между разномѣстными законами матеріальнаго права въ случаѣ ихъ коллизіи предполагаетъ не только оцѣнку содержания этихъ законовъ (ихъ „соціальной цѣли“), но и испытаніе крѣпости привязокъ. Содержаніе законовъ матеріальнаго права оцѣнивается для того, чтобы конфликтный законодатель могъ сказать, можетъ ли онъ допустить дѣйствіе иностраннаго закона, буде образовалась какая-нибудь изъ четырехъ привязокъ правоотношенія съ иностранными элементами къ его матеріальному законодательству; для начертанія самой конфликтной нормы необходима дальнѣйшая оцѣнка,—къ какому изъ двухъ законодательствъ правоотношеніе тянется сильнѣе.

Этихъ разъясненій достаточно, чтобы понять, въ чемъ недоразумѣніе Манчини и Лорана, Броше и Пиле, т. е. всѣхъ тѣхъ, кто называетъ публичнымъ порядкомъ *leges loci*. Они видятъ предъ собою законы, которые притязаютъ на регулированіе всякихъ правоотношеній, пришедшихъ въ соприкосновеніе съ ихъ территоріей, и другіе законы, которые отъ такого регулированія отказываются. Вмѣсто того, чтобы сказать: это результатъ того, что одни законы примѣняются при наличности такихъ-то привязокъ (напр., простого пребыванія на территоріи), а другіе только при наличности другихъ привязокъ (подданство, домициль, мѣсто заключенія договора), они говорятъ: это потому, что первые законы касаются публичнаго порядка, вторые—нѣтъ. На вопросъ: „что разумѣете вы подъ публичнымъ порядкомъ?“ они отвѣчаютъ: законы, интересующіе государство или общество въ

цѣломъ, или дающіе „соціальную гарантію“, или вообще „особо важныя“, въ отличіе отъ законовъ, интересующихъ только индивидовъ, или занятыхъ „индивидуальнымъ покровительствомъ“, или менѣе важныхъ. Но они не могутъ не видѣть, что законы чисто „индивидуальнаго покровительства“ нѣтъ и что получаютъ исключительное примѣненіе и совсѣмъ неважныя законы; и тогда они теряются, и, если не прибѣгаютъ, подобно Пиле, къ диверсіи въ сторону разсужденій о „компетентности“, они говорятъ, что „да, эти законы тоже публичнаго порядка, но они „просто“ публичнаго порядка, а не публичнаго порядка въ смыслѣ конфликтнаго права“, т. е. эти законы по мысли конфликтнаго законодателя не распространяются на правоотношенія, въ которыхъ участвуютъ иностранцы. Но это и значить всего-на-все, что конфликтный законодатель считаетъ, что для примѣненія этихъ законовъ недостаточно привязки въ видѣ простого пребыванія лица на территоріи, или даже домиціи, а нужна привязка въ видѣ подданства. Надлежало искать, какова должна быть привязка къ территоріи, чтобы туземному законодательству подчинялись одни правоотношенія и не подчинялись другія; вмѣсто этого всюду, гдѣ привязка обязываетъ примѣнить туземный законъ, говорятъ, что этого требуетъ публичный порядокъ или что этотъ законъ входитъ въ составъ публичнаго порядка. Вслѣдствіе той же абераціи мысли говорятъ, что законы о правахъ вещныхъ образуютъ публичный порядокъ, когда дѣло вовсе не въ важности этихъ законовъ (напр., о кроликахъ) для „сохраненія и усовершенствованія общества“, а въ томъ, что такой существенный элементъ всякаго вещнаго правоотношенія, какъ сама вещь, находится на территоріи законодательства, и этимъ вещное правоотношеніе накрѣпко привязывается именно къ этой территоріи, такъ что мѣстный конфликтный законодатель иначе и не можетъ сдѣлать, какъ только подчинить его законамъ территоріи. Критерій соціальной важности закона самъ по себѣ, при отсутствіи надлежащей привязки правоотношенія къ территоріи, ничего не способенъ дать для разрѣшенія конфликта: наши законы о церковной формѣ брака или о

запрещеніи смѣшанныхъ браковъ, или о продолжительности рабочаго дня, или объ охраненіи лѣсовъ, и т. п., при всей ихъ соціальной значительности, не могутъ быть примѣняемы къ бракамъ иностранцевъ за границей, къ предпріятіямъ или къ имѣніямъ, хотя бы и нашихъ соотечественниковъ, но находящимся за границей ¹⁾).

ХІІІ.

Однако, могутъ возразить, есть же законы, которые примѣняются исключительно, всегда и при всѣхъ условіяхъ, напр., законъ, запрещающій присуждать иски изъ долговъ по игрѣ, или законъ, по которому всякій человѣкъ правоспособенъ, или законъ, по которому нельзя имѣть двухъ женъ заразъ, или жениться на родной сестрѣ, и т. п. При чемъ тутъ привязка? Этотъ вопросъ выводитъ насъ изъ сферы гипертрофированнаго понятія публичнаго порядка, какъ *leges loci*, и переноситъ на почву *leges fori*, т. е. черезъ голову Бартена къ первоначальной постановкѣ вопроса Савиньи о строго положительныхъ законахъ и неизвѣстныхъ институтахъ. И здѣсь говорятъ, что содержаніе этихъ законовъ таково, что публичный порядокъ или добрые нравы не могутъ допустить примѣненія противорѣчащихъ имъ иностранныхъ законовъ. На самомъ дѣлѣ и здѣсь одною ссылкою на содержаніе законовъ нельзя объяснить ихъ исключительнаго дѣйствія, потому что въ дѣйствительности они такого дѣйствія вовсе не имѣютъ, а такъ же, какъ и всѣ прочіе законы, примѣняются только при наличности определенной привязки правоотношенія къ территоріи ихъ законодателя. Это требуетъ особаго разъясненія, которому полезно предпослать примѣры законовъ, противорѣчіе коихъ нашимъ нравственнымъ воззрѣніямъ не подлежитъ сомнѣнію.

Парсы, живущіе въ Индіи, могутъ вступать въ кровосмѣсительные браки. Могутъ ли они заключить такой бракъ въ Россіи? Могутъ ли они, уже состоя въ такомъ бракѣ, пріѣхавъ въ Россію, продолжать свое сожительство? Можетъ

¹⁾ Kahn, op. cit. p. 73.

ли мужъ-братъ потребовать въ Россіи, чтобы ушедшая отъ него жена вернулась къ нему въ домъ? Можно ли его или ее преслѣдовать за бигамію, если онъ или она вступать въ Россіи въ новый бракъ при жизни перваго супруга? Можетъ ли жена-сестра, оставшаяся въ Индіи, предъявить къ мужу, переселившемуся въ Россію, искъ объ алиментахъ? Будетъ ли дитя, родившееся въ Россіи отъ брака, заключеннаго въ Индіи, считаться законнымъ? Можетъ ли сынъ, родившійся въ Индіи, быть законно отданъ отцомъ въ Россіи въ услуженіе или обученіе? Можетъ ли дочь, родившаяся въ Индіи, наследовать своему отцу-дядѣ въ имуществѣ, которое осталось послѣ него въ Россіи?

Въ германскихъ колоніяхъ въ Африкѣ существуетъ еще рабство среди туземцевъ (Герреро въ Юго-Западной, Банту въ Восточной Африкѣ) ¹⁾. Герреро пріѣхалъ въ Россію вмѣстѣ со своимъ рабомъ (напр., оба цирковые феномены); можетъ ли онъ отдать его въ услуженіе и требовать его заработную плату себѣ? Банту имѣлъ на родинѣ брилліантъ, который въ свое время найденъ былъ рабомъ и потому сдѣлался собственностью господина Банту; нѣмецъ укралъ этотъ брилліантъ и продалъ его въ Россіи? Можетъ ли Банту предъявить къ покупщику виндикаціонный искъ?

Гдѣ нибудь на востокѣ платятъ по займамъ 25%; можно ли присудить по такому обязательству съ должника, очутившагося въ Россіи? Должникъ уже уплатилъ за границей по этому обязательству, но затѣмъ въ Россіи очутился кредиторъ; можетъ ли должникъ потребовать возврата уплаченнаго, ссылаясь на недействительность обязательства по русскимъ законамъ? если оба иностранцы? если кредиторъ—русскій? ²⁾.

Если тезисъ Савиньи, — что нѣкоторые законы, въ силу своей особой природы, настолько не пригодны для свободнаго общенія правомъ, что при нихъ судья обязанъ примѣнять *lex fori*, — понимать буквально, то на всѣ эти вопросы

¹⁾ Kohler, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, XIV, 1900, S. 311; XV, 1902, S. 42; Gerstmeier, Schutzgebietsgesetz, 1910, S. 167.

²⁾ Ср. аналогичные примѣры у Klein, Die Lehre vom Ordre public, въ Archiv für bürgerliches Recht, 1906.

отвѣтъ будетъ одинъ: надо всѣ казусы рѣшать одинаково такъ, какъ если бы они не имѣли никакихъ привязокъ къ иностраннымъ законодательствамъ, и оцѣнивать ихъ только съ точки зрѣнія туземныхъ законовъ. Однако, ни одинъ юристъ не усомнится, что, если нельзя, напр., допустить кровосмѣсительнаго брака парсовъ на нашей территоріи, то, съ другой стороны, нельзя отвергнуть право родившагося въ Индіи сына парса наследовать своему отцу-дядѣ въ оставшемся у насъ имуществѣ. Ясно, что простой ссылки на противность иностранныхъ законовъ общественному порядку недостаточно, а нужно объяснить особо, отчего происходитъ, что въ однихъ случаяхъ судья не считается вовсе съ этими законами, въ другихъ допускаетъ ихъ эффекты? И здѣсь объясненіе лежитъ въ томъ, что привязки правоотношеній къ территоріи чрезъ посредство суда, постановляющаго о нихъ рѣшенія, имѣютъ разную интенсивность тогда, когда отъ суда требуется понужденіе къ исполненію, и тогда, когда сужденіе о правоотношеніи имѣетъ только преюдиціальное значеніе. Но до этого объясненія дошли медленно и ощупью.

Насколько оно не давалось тѣмъ, кто движется въ шорахъ публичнаго порядка, показываетъ примѣръ Деспанье (1889). Онъ констатируетъ явленіе: бываетъ, что иностранная норма сама по себѣ противна публичному порядку, а все-же ея легальныя послѣдствія ему не противны и потому допускаются. Чѣмъ это объясняется? Деспанье ищетъ объясненія въ *содержаніи* закона публичнаго порядка, и съ этой точки зрѣнія дѣлитъ законы на абсолютныя (примѣръ: запрещеніе полигаміи) и относительныя (примѣръ: ограниченіе процента по займу). Послѣдствія закона, противнаго „абсолютному“ публичному порядку, устраняются такъ же, какъ и самыя законы (примѣръ: нельзя искать платы за преступленіе, учиненное въ силу договора, заключеннаго за границей); а послѣдствія закона, противнаго „относительному“ публичному порядку, допускаются (примѣръ: искъ о ростовщическихъ процентахъ, условленныхъ за границей). Нормы „абсолютнаго“ публичнаго порядка дѣлятся на „субъективно и объективно абсолютныя“

(примѣръ: запрещеніе полигаміи), и только „субъективно абсолютный“ (примѣръ: запрещеніе развода). И вотъ, если иностранный законъ противенъ „субъективно и объективно абсолютному“ публичному порядку, то устраняются какъ самый принципъ, такъ и его послѣдствія: „въ странѣ, отвергающей полигамію, одинаково не допускаются какъ возможность заключенія брака при живой супругѣ, такъ и *дѣйствительность* такого брака, заключеннаго за границей ¹⁾“. Слѣдовательно, по Деспанье, надо признать недѣйствительнымъ бракъ мусульманина, заключенный въ Турціи! Конечно, этого Деспанье не думаетъ, но недоразумѣніе вызвано тѣмъ, что онъ забылъ прибавить, что дѣло идетъ о такомъ полигамномъ бракѣ, который недѣйствителенъ не по законамъ мѣста его заключенія, а по личному статуту супруговъ, т. е. забылъ упомянуть о привязкѣ *лица* къ законодательству страны, гдѣ заключенъ бракъ. Этой ошибки онъ не повторяетъ, иллюстрируя „субъективно-абсолютный“ законъ: разведенному *въ отечествѣ* позволять жениться въ странѣ, гдѣ разводъ запрещенъ.

Не сумѣлъ справиться съ вопросомъ и Федоцци, хотя онъ писалъ значительно позже ²⁾. По его мнѣнію, все зависитъ отъ того, обнаруживается ли въ послѣдствіяхъ *соціальной цѣли* закона, противнаго публичному порядку. — Но это ничего не говоритъ, потому что, напр., соціальная цѣль всякаго брака, — не только моногамнаго и полигамнаго, но даже полиандрическаго, — одна и та же, и послѣдствія его одни и тѣ же. Вмѣсто того, чтобы сказать, что въ нашей странѣ не слѣдуетъ признавать *среднихъ* послѣдствій недопустимаго у насъ иностраннаго закона, Федоцци рекомендуетъ отвергать такіа послѣдствія, которыя составляютъ *существенную* часть соціальной цѣли закона, противнаго публичному порядку. Но вѣдь это вело бы къ тому, чтобы не признавать въ Италіи законными дѣтей, родившихся отъ полигамнаго брака мусульманина въ Турціи! Смутно Федоцци чувствовалъ, куда надо направить взоръ, когда говорилъ, что нужно различать законы, соціаль-

¹⁾ Despagne, op. cit. p. 221.

²⁾ Въ 1897 г. онъ читалъ Вагъа, но не въ новомъ изданіи (1889), а въ первомъ (1862). Op. cit., p. 498.

ная цѣль которыхъ сполна осуществляется въ одномъ актѣ (примѣръ: вѣнчающее отцовство *уже* установлено за границей), и такіе, социальная цѣль которыхъ требуетъ длительного состоянія (полигамія). Но дѣло не въ социальной цѣли иностраннаго закона, а въ привязкѣ иностраннаго правоотношенія къ нашему.

Правильный путь былъ намѣченъ впервые Баромъ (1862): *судъ не долженъ содѣйствовать* осуществленію такого правоотношенія, которое считается у насъ безнравственнымъ, хотя бы по иностранному закону оно было дозволено; всякое дальнѣйшее исключеніе ничѣмъ не оправдывается, и, хотя бы по нашимъ законамъ правоотношеніе было ничтожно, нашъ судъ долженъ признавать его, если оно не должно быть у насъ реализовано, а только его существованіе служить преюдиціальнымъ пунктомъ для притязанія въ нашемъ судѣ¹⁾. Фузинато (1884) возразилъ, что критерій *осуществленія* недостаточно ясенъ, потому что нельзя, напр., не признавать въ Италіи родительской власти мусульманина надъ своими дѣтьми, а это и значить допускать осуществленіе у насъ иностраннаго безнравственнаго института. Фузинато не замѣтилъ, что суть дѣла въ *содѣйствіи* суда, и предложилъ различать между признаніемъ безнравственнаго закона, какъ факта, и признаніемъ его юридическихъ послѣдствій; очевидно, желая сказать, что съ первымъ надо считаться, вторымъ можно игнорировать²⁾.

Фиоре (1888)³⁾, увѣряя, что онъ даетъ существенно новое, отличное отъ Манчини, ученіе, нашелъ, что для устраненія иностраннаго закона недостаточно, что его содержаніе противорѣчитъ территоріальному закону, а нужно, чтобы *юридическій фактъ*, который хотятъ осуществить на территоріи судьи, или чтобы *эффекты* этого юридическаго факта, уже осуществившагося за границей, противорѣчили публичному порядку. Такъ, если иностранецъ уже доказалъ въ своемъ отече-

¹⁾ Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1862, p. 110.

²⁾ Fusinato, op. cit. p. 607.

³⁾ Fiore, Diritto internazionale privato, I, изд. 1902, составляющее перепечатку прежняго, p. 251.

ствѣ свое вѣббрачное происхожденіе, то въ Италіи, гдѣ отыскиваніе отцовства запрещено, онъ можетъ своему отцу наслѣдовать; въ этомъ нѣтъ ничего противнаго публичному порядку, потому что сынъ требуетъ только признанія его благопріобрѣтеннаго за границей права. Но, если бы иностранецъ доказалъ за границей свое происхожденіе отъ прелюбодѣйной связи иностранца съ замужней итальянкой, то это было бы противно итальянскому публичному порядку, который запрещаетъ даже добровольное признаніе такого рода дѣтей. Но Фіоре не замѣтилъ, что въ первомъ случаѣ противорѣчія публичному порядку нѣтъ потому, что отецъ и сынъ иностранцы; а во второмъ—сынъ по матери итальянецъ: публичному порядку Италіи противны оба закона, но привязка правоотношенія къ итальянскому законодательству въ моментъ пріобрѣтенія статуса отсутствуетъ въ первомъ случаѣ и на лицо во второмъ.

Баръ, вернувшійся къ вопросу въ новомъ изданіи (1889), далъ чрезвычайно яркій образъ¹⁾. Онъ сравнилъ правоотношеніе, цѣликомъ привязанное къ странѣ, по законамъ которой оно образовалось, съ деревомъ, а частичныя привязки его къ иностраннымъ законодательствамъ—съ вѣтвями и отпрысками, выступающими за предѣлы межи. Въ принципѣ въ нашемъ государствѣ вольны отрубать всѣ вѣтви, выступившія за межу; но этого дѣлать не слѣдуетъ, если вѣтвь сама по себѣ не вредоносна. То обстоятельство, что дерево не могло бы вовсе расти у насъ, не есть основаніе, чтобы отсѣкать всѣ его вѣтви, протянувшіяся на нашу территорію: изъ того, что въ Германіи не допускается, напр., полигамія, не слѣдуетъ, что тамъ можно отвергать право наслѣдованія сына отъ полигамнаго брака турка; вѣдь сдѣлать такъ, чтобы полигаміи не было въ Турціи, германскій судья все равно не можетъ. Когда такое нетерпимое у насъ правоотношеніе разсматривается судьей только какъ преюдиціальныи пунктъ, при обсужденіи требованія, которое само по себѣ не представляетъ ничего предосудительнаго, то судья долженъ сдѣ-

¹⁾ Ваг, Theorie und Praxis d. internationalen Privatrechts, 1889, I, S. 130.

латъ всѣ выводы изъ того правоотношенія, какъ изъ вполне законнаго. Напротивъ, требованія мужа вернуть въ гаремъ ушедшую отсюда вторую жену судъ уважить не можетъ. Слѣдуетъ, говорить Баръ, держаться правила, что нашъ судья не долженъ содѣйствовать тому, чтобы непосредственно осуществлялись правоотношенія или притязанія, которыя нашъ законодатель считаетъ безусловно недопустимыми. Придуманный Баромъ образъ дерева и вѣтвей былъ очень удаченъ, но онъ не замѣнялъ юридическаго объясненія разницы между случаями, когда опорачиваемый законъ отвергается вовсе, и когда его эффекты то признаются, то нѣтъ.

Вліянію Бара ¹⁾ слѣдуетъ приписать редакцію ст. 30 EG, з. BGB., по которой „примѣненіе иностраннаго закона исключается, если его *примѣненіе* противорѣчило бы“ и т. д. Смыслъ подчеркнутаго слова тотъ, что, если даже иностранная норма и кажется германскому судѣ противонаравственною, онъ все же обязанъ признавать, что она законно существуетъ за границей, и что въ своей заграничной сферѣ она производитъ всѣ законные эффекты; онъ не имѣетъ права сказать, что наступившія за границей въ силу ея послѣдствія не существуютъ или неправомѣрны. Но самъ онъ не долженъ путемъ примѣненія такой нормы содѣйствовать наступленію такого состоянія, которое непосредственно, своимъ существомъ, или косвенно, способомъ своего осуществленія, противорѣчитъ германскимъ нравственнымъ воззрѣніямъ (ст. 30 говоритъ въ дальнѣйшемъ не о публичномъ порядкѣ, а о добрыхъ нравахъ); и судья не долженъ давать своей защиты такимъ эффектамъ, которые это безнравственное состояніе создало только въ сферѣ дѣйствія германскаго правопорядка, если только эти эффекты также кажутся ему безнравственными ²⁾. Чиновникъ гражданскаго состоянія не будетъ вѣнчать не только парсовъ брата и сестру, но и вочима съ падчерицей, кто бы они ни были; съ другой стороны, судъ признаетъ за-

¹⁾ И отчасти Fr. Mommsen'a, Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland das Verhältniss des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normiren? въ Archiv für die Civilistische Praxis, 1876, Bd. 61, SS. 195, 202.

²⁾ Habicht, Internationales Privatrecht, 1907, S. 237.

конными дѣтей, родившихся отъ брака парсовъ въ отечествѣ. Но признаетъ ли онъ право на алименты жены, находящейся въ Германіи? признаетъ ли онъ законными и дѣтей, родившихся въ Германіи? Самая постановка этихъ вопросовъ показываетъ, что для отвѣта на то, какіе эффе́кты признаются, какіе нѣтъ, нуженъ какой-нибудь *формальный* критерій.

XIV.

Его указали Цительманъ и Канъ. По выраженію перваго изъ нихъ, защитная оговорка есть боевое средство, вносящее разстройство въ мирное общеніе между правопорядками; обращеніе къ нему можетъ быть оправдано только тѣмъ, что этого требуютъ собственные интересы страны. Для того, чтобы игнорировать иностранный законъ, нужно установить, что его юридическій эффе́кт вреденъ или опасенъ для страны. Это обязываетъ выдѣлить особо тѣ случаи, когда, *во-первыхъ*, на иностранномъ безнравственномъ законѣ основано требованіе въ гражданскомъ судѣ, и, *во-вторыхъ*, отъ должностнаго лица требуется участіе въ актѣ добровольной подсудности (учрежденіе опеки, заключеніе брака), основанномъ на такомъ же безнравственномъ законѣ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ недопустимо, чтобы органы государственной власти прикладывали свои руки къ защитѣ или къ установленію порицаемаго туземнымъ закономъ правоотношенія. Сомнѣніе вызываетъ только *третій случай*, когда иностранный законъ подвергается оцѣнкѣ только при разрѣшеніи *преюдиціального вопроса*, когда отъ признанія или отрицанія его эффе́кта зависитъ рѣшеніе по существу предъявленнаго требованія, которое само по себѣ вполне допустимо. Чтобы судить о томъ, вреденъ или нѣтъ этотъ эффе́ктъ, нужно выяснить *государственное отношеніе* (=привязку) иностраннаго правоотношенія къ территоріи судьи. Говоря яснѣе: само по себѣ данное правоотношеніе имѣетъ „отношеніе“ (=привязано) къ чужому государству; но въ то же время оно имѣетъ и „отношеніе“ къ государству судьи, въ принципѣ несущественное, но все-же достаточное для того, чтобы въ цѣляхъ обо-

роны противъ безнравственнаго иностраннаго закона внесена была поправка въ принципъ, по которому компетентенъ иностранный законъ.

Какова же должна быть привязка иностраннаго правоотношенія къ территоріи судьи, для того чтобы могла дѣйствовать защитная оговорка? Въ огромномъ большинствѣ случаевъ эта привязка территоріальнаго (не личнаго) рода: возможно, что тѣ факты или дѣйствія, объ эффектѣ которыхъ идетъ рѣчь, совершились на территоріи судьи; или же, что иностранецъ лично вступилъ на эту территорію. Привязка есть нѣчто, наступающее во времени; она можетъ существовать теперь, но раньше ея не было. И потому надо различать, когда сказанъ вредный или безнравственный эффектъ иностраннаго закона, послѣ ли того, какъ образовалась привязка къ территоріи судьи, или до того. Если *послѣ*, то это все равно, какъ если бы его и не было: основанные на такомъ законѣ договоръ, обязательство, разводъ съ самаго начала для территоріальнаго судьи недѣйствительны; съ момента вступленія на нашу территорію парсы не состоятъ болѣе въ законномъ бракѣ. И это касается всѣхъ послѣдующихъ вопросовъ, для которыхъ дѣйствительность того эффекта имѣла бы преюдиціальное значеніе: дѣти, которыя родятся отъ парсовъ позже 306 дней со дня вступленія ихъ на нашу территорію, суть внѣбрачныя дѣти. Если же фактъ совершился и эффектъ его сказанъ *до* того, какъ образовалась привязка къ территоріи судьи, то нужно опять различать, безнравственно ли только *наступленіе* эффекта, или же и его *дальнѣйшее дѣйствіе*.

Въ первомъ случаѣ въ тотъ моментъ, когда образуется привязка къ территоріи судьи, никакой безнравственности уже нѣтъ, и потому нѣтъ основанія устранять иностранный законъ; во второмъ есть основаніе отвергать его только для того времени, когда существуетъ привязка, а не на предшествующее время и не на послѣдующее. Иначе говоря: судья обязанъ считать правоотношеніе правомѣрнымъ для того времени, когда оно еще не имѣло привязки къ его территоріи, и обязанъ считать его неправомѣрнымъ съ того мо-

мента, какъ, и до тѣхъ поръ, пока привязка къ его территории существуетъ.

Другими словами и короче: судья въ правѣ отказывать въ защитѣ безнравственному правоотношенію, которое только образовалось на его территории; то же, которое образовалось за границей, можетъ быть недѣйствительно въ его глазахъ только съ момента установленія привязки къ его территории. Судья долженъ разсуждать такъ, какъ если бы образовавшійся на его территории безнравственный эффектъ не наступилъ вовсе, а тотъ, который образовался за границей и все еще длится, прекратилъ свое существованіе въ моментъ перенесенія на его территорию. Такъ встаетъ задача показать, когда безнравственно только наступленіе эффекта или же и его дѣйствующее существованіе.

Надо различать, въ чемъ заключается эффектъ: въ погашеніи права или въ приобрѣтеніи его. Если въ *погашеніи*, то въ огромномъ большинствѣ случаевъ безнравственность оканчивается вмѣстѣ съ наступленіемъ эффекта: теперешнее несуществованіе права не безнравственно. Напр., разводъ по взаимному согласію въ глазахъ нашего судьи нѣчто безнравственное; но состояніе въ разводѣ въ силу предшествовавшаго этому акту соглашенія не безнравственно. Поэтому, если разводъ постановленъ за границей въ то время, какъ одинъ изъ супруговъ находился на нашей территории, то мы его не признаемъ; но если супруги иностранцы развелись уже за границей и прибыли къ намъ послѣ этого, то надо считать, что брака между ними больше нѣтъ, потому что привязка къ нашей территории появляется въ такой моментъ, когда безнравственный эффектъ иностраннаго закона уже исчерпанъ.

Дѣйствующая безнравственность состоянія возможна только тамъ, гдѣ безнравственно приобрѣтеніе права, и притомъ не просто приобрѣтеніе, но и дальнѣйшее его существованіе. Ея не бываетъ, когда перешло право собственности или уступлено требованіе: самый переходъ или самая цессія могутъ быть безнравственны, но явившіяся въ результатъ перехода или цессіи право собственности или право требованія

безнравственны быть не могут: собственность нейтральна; разъ она существуетъ, о ея происхожденіи не спрашиваютъ. Отсюда: если бы сдѣлка, въ силу которой состоялись переходъ или цессія, была заключена между иностранцами на нашей территоріи, мы считали бы, что она недѣйствительна; но, если эффектъ сдѣлки наступилъ еще въ то время, когда привязки къ нашей территоріи не было, т. е. собственность была приобрѣтена, требованіе было уступлено въ то время, то о пятнахъ на прошломъ не спрашиваютъ. Или, если сдѣлка была подъ условіемъ, которое мы считаемъ безнравственнымъ, но которое осуществилось еще до образованія привязки къ нашей территоріи, то мы примемъ наступившее состояніе вещей, не думая больше о безнравственности ихъ корня; и, наоборотъ, если условіе осуществилось только послѣ появленія привязки къ нашей территоріи, то сдѣлка и ея послѣдствія недѣйствительны.

Иначе обстоитъ дѣло при обязательствахъ. Они могутъ быть безнравственны не только своимъ содержаніемъ, но и въ своемъ основаніи; безнравственное по своей цѣли, обязательство остается безнравственнымъ съ момента своего возникновенія и доколѣ оно существуетъ. Отсюда: съ момента образованія привязки къ нашей территоріи, и въ особенности когда на нее вступилъ должникъ, притязаніе, безнравственное по своему содержанію или основанію, должно считаться погашеннымъ; но его слѣдуетъ считать существовавшимъ за то время, которое предшествовало установленію привязки. Если бы у насъ предъявленъ былъ искъ о возвратѣ *уплаченнаго* по такому обязательству *за границу*, то въ искѣ надлежало бы отказать; но, если бы платежъ послѣдовалъ у насъ, то нужно было бы искъ присудить, потому что въ моментъ образованія привязки къ нашей территоріи обязательство было уже погашено. Послѣдующее появленіе привязки не имѣетъ значенія, все равно, какъ нельзя ссылаться на новый законъ для обсужденія исполненія, послѣдовавшаго при старомъ¹⁾; отказъ въ искѣ о возвратѣ утра-

¹⁾ Habicht, op. cit., p. 239.

ченного за границей означалъ бы только, что сдѣлка, на основаніи которой послѣдовалъ платежъ, была законна, но не означалъ бы примѣненія противоправственного иностраннаго закона на нашей территоріи. Съ другой стороны, кромѣ привязки къ нашей территоріи въ силу того, что обязательство на ней приводится въ исполненіе, возможна еще другая привязка къ нашему законодательству въ силу того, что участники заграничной сдѣлки наши соотечественники или domiciliрованные у насъ иностранцы. Поэтому, если, напр., по ростовщической сдѣлкѣ, заключенной за границей между двумя нашими соотечественниками, послѣдовало исполненіе за границей, то должникъ можетъ у насъ потребовать уплаченное обратно, а ссылка на иностранный законъ, по которому сдѣлка и ея исполненіе дозволены, должна быть отвергнута. И такъ же слѣдуетъ рѣшить, если существуютъ привязки къ территоріи не самого судьи, а другого государства, правопорядокъ котораго также осуждаетъ такого рода сдѣлки.

Тѣ же разсужденія могутъ быть повторены примѣнительно къ семейственнымъ правоотношеніямъ. Они могутъ считаться безнравственными по своему содержанію (примѣръ: еровосмѣсительный бракъ), но также и потому, что существуютъ и доколѣ существуютъ обстоятельства, вслѣдствіе которыхъ безнравственно ихъ возникновеніе (примѣръ: вступленіе во второй бракъ при жизни перваго супруга; безнравственность отпадаетъ, если первый бракъ прекратился). И здѣсь принципъ тотъ, что съ момента образованія привязки къ нашей территоріи, и доколѣ эта привязка существуетъ, право должно считаться погашеннымъ; съ того момента отпадаетъ не только возможность осуществленія права на будущее время, но становятся невозможны и какіе-либо выводы изъ этого права, хотя бы эти выводы сами по себѣ не представляли ничего безнравственного. Но мы признаемъ ихъ за все то время, пока не было привязокъ къ нашей территоріи, — все это потому, что тамъ мы заинтересованы, здѣсь — нѣтъ. Цительманъ беретъ для иллюстраціи обсужденіе полигамическаго брака иностранцевъ въ Германіи (у которой, предполагается, подданныхъ мусульманъ нѣтъ). Если иностранцы

живутъ за границей въ законномъ многобрачїи, а въ Германїи разбирается дѣло, для котораго существованіе второго брака имѣетъ преюдиціальное значеніе, то отвергать законность этого брака нельзя; сынъ отъ этого брака наследуетъ; алименты второй женѣ должны быть присуждены. Иначе, если полигамное брачное правоотношеніе само привязывается къ германской территорїи. Такая привязка еще не образовалась бы тѣмъ, что мужъ поселился въ Германїи; но она возникла бы съ момента появленія на германской территорїи одной изъ двухъ женъ, первой или второй, съ мужемъ или безъ него. Съ этого момента въ Германїи можно признавать только одинъ бракъ, — и притомъ, думаетъ Цительманъ, — первый; изъ того, что второй бракъ законенъ по національному праву супруговъ, нельзя уже дѣлать никакихъ выводовъ: вторая жена, доколѣ она въ Германїи, не можетъ искать алиментовъ; сынъ, родившійся отъ нея въ Германїи, не можетъ наследовать отцу; но, если она вернется въ отечество, ея бракъ будетъ снова считаться законнымъ и въ Германїи. Пока она находится здѣсь, она вольна выйти замужъ за другого. И обратно: доколѣ въ Германїи находится первая жена, она одна законная, а дѣти отъ второго брака, родившіяся въ это время въ отечествѣ, не могутъ наследовать въ Германїи, и вторая жена не можетъ требовать алиментовъ. Но и здѣсь нужна оговорка: если первая жена, находясь въ Германїи, умретъ, то бракъ со второй, оставшейся въ отечествѣ, слѣдуетъ считать законнымъ, иначе надо бы позволить мужу жениться въ Германїи на другой; для морали это было бы хуже ¹⁾).

Съ рѣшеніемъ отдѣльныхъ вопросовъ разсмотрѣннаго казуса, предложеннымъ Цительманомъ, можно и не соглашаться; такъ, напр., сомнительно, чтобы сынъ, родившійся въ Германїи отъ второй жены при жизни первой, не могъ наследовать отцу, потому что по ст. 1699 BGB. дѣти отъ недѣйствительныхъ браковъ только тогда незаконны, если родители знали объ этой недѣйствительности при самомъ всту-

¹⁾ Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, SS. 334—368.

пленіи въ бракъ, а не при зачатіи или рожденіи дитяти¹⁾. Точно такъ же и въ Россіи, гдѣ для иллюстраціи тѣхъ же правоотношеній можно взять кровосмѣсительный бракъ парсовъ, слѣдуетъ считать на основаніи 131¹ ст. 1 ч. X т. сына, родившагося на русской территоріи ранѣе 306 дней по вступленіи его матери въ наши предѣлы, законнымъ. Но важны не эти частности, а то основное положеніе, которое ими иллюстрируется: для примѣненія защитной оговорки имѣетъ значеніе не одно *содержаніе* иностраннаго закона матеріальнаго права, но и степень *привязки* регулируемаго имъ правоотношенія къ территоріи судьи.

Канъ радикальнѣе Цительмана: для него *содержаніе* иностраннаго закона, какъ бы оно ни было противно содержанію туземнаго закона, вообще не имѣетъ значенія; „нѣтъ такого закона, какъ бы важенъ онъ ни казался, который требовалъ бы исключительнаго, абсолютнаго примѣненія“. Важенъ только характеръ *привязки* спорнаго правоотношенія. Могутъ возразить, замѣчаетъ Канъ, что есть же законы, которые примѣняются всегда и при всѣхъ условіяхъ, такъ что привязка правоотношенія къ территоріи судьи играть роли не можетъ. Напримѣръ, законы о разводѣ, о безнравственныхъ обязательствахъ, о запрещеніи игры и т. п. запретительные законы примѣняются всегда только туземные. Но объясняется это не тѣмъ, что эти законы особенно строги, а тѣмъ, что отъ судьи требуется понужденіе къ исполненію. *Привязка правоотношенія къ суду* настолько въ извѣстныхъ случаяхъ интенсивна, что онъ неизмѣнно примѣняетъ только туземные законы. Это обыкновенно такіе законы матеріальнаго права, которые интимнѣе другихъ связаны съ судопроизводствомъ: законодатель не хочетъ, чтобы судъ могъ *заставить платить* проигрышъ, не хочетъ, чтобы на судѣ разбирались возникающіе иногда на почвѣ злоупотребленій *процессы объ алиментяхъ*, и потому судъ всегда примѣняетъ такіе туземные законы. Казалось бы, что это и значить, что эти законы примѣняются абсолютно, и что разница съ тѣмъ, что гово-

¹⁾ Habicht, op. cit., p. 238.

рили до Кана, представляет какую-то схоластическую тонкость. На самом деле разница в том, что судья тем же самым якобы абсолютным законом не примѣнить, если от него не потребуются понужденіе къ исполненію. Канъ приводит примѣръ договора, по которому повѣренный беретъ предъявить къ третьему лицу шантажный искъ съ тѣмъ, чтобы потомъ раздѣлить съ довѣрителемъ плоды, буде они получатся; въ Англіи судья призналъ такой договоръ недействительнымъ, хотя онъ заключенъ былъ во Франціи, потому что шантажный искъ былъ предъявленъ въ англійскомъ судѣ. Но, если бы дѣло шло о договорѣ, заключенномъ во Франціи, и о шантажномъ искѣ предъ французскимъ судомъ, то, думаетъ Канъ, въ Англіи врядъ-ли признали бы договоръ недействительнымъ,—потому что англійскому суду важно не допускать шантажныхъ процессовъ въ Англіи, и его не касается, что происходитъ во Франціи. Такъ съ новой стороны приходитъ выясненіе несостоятельности идеи Пиле о рефлексивномъ эффектѣ законовъ публичнаго порядка.

Разногласіе между Цительманомъ и Каномъ легко объясняется тѣмъ, что первый имѣлъ въ виду написанную въ законѣ защитную оговорку, въ родѣ ст. 30 EG. z. BGB., по которой „примѣненіе иностраннаго закона исключается, если его примѣненіе противорѣчило бы *добрымъ нравамъ* или цѣли какого-нибудь германскаго закона“; задачей Цительмана было введеніе этой оговорки въ надлежащія рамки путемъ выясненія того, что значить „добрые нравы“ и что означаетъ противорѣчащее имъ примѣненіе иностраннаго закона. Напротивъ, Канъ бичуетъ доктрину, которая успокоивается на отнесеніи закона къ категоріи публичнаго порядка вмѣсто того, чтобы вырабатывать детальныя конфликтныя нормы. Или, короче говоря, Цительманъ разсуждалъ, считаясь съ *lex lata*, Канъ,—думая о *lex ferenda*. Тому, кто вздумалъ бы использовать разсужденія Цительмана также въ цѣляхъ законодательнаго творчества, надлежало бы сдѣлать выборъ между нимъ и Каномъ. Вопросъ стоялъ бы такъ: слѣдуетъ-ли идти за Цительманомъ, который считаетъ, что исключительное примѣненіе нѣкоторыхъ законовъ опредѣ-

ляется ихъ содержаніемъ и наличностью опредѣленной привязки правоотношенія къ ихъ территоріи, или за Каномъ, по которому содержаніе законовъ безразлично, а для исключительности примѣненія закона достаточна наличность соответствующей привязки?

Сомнѣніе разрѣшается простымъ разсужденіемъ. Вѣдь и по Цительману, какъ бы ни былъ важенъ законъ по своему содержанію (запрещеніе кровосмѣшенія!), онъ при отсутствіи надлежащей привязки примѣненъ не будетъ (бракъ парсовъ, живущихъ въ Индіи!). Обратно: какъ бы ни былъ мало важенъ законъ по своему содержанію (судьба кроликовъ!), онъ при наличности надлежащей привязки (эти кролики на нашей территоріи!) не уступитъ своего мѣста иностранному закону. Отсюда непререкаемый выводъ: тѣ законы, которые принято относить въ категоріи законовъ строго-положительныхъ или законовъ публичнаго порядка, исключительны въ случаѣ конфликта только потому, что на лицо та привязка правоотношенія къ ихъ территоріи, которая создаетъ ихъ преимущественную компетентность. Содержаніе закона, взятое само по себѣ, не даетъ указаній на то, какъ будетъ разрѣшенъ его конфликтъ съ иностраннымъ закономъ.

XV.

Изъ того, что роль пугала ¹⁾ по отношенію къ иностраннымъ законамъ можетъ играть даже законъ о кроликахъ, необходимо заключить, что созданіе категоріи публичнаго порядка въ смыслѣ конфликтнаго права было основано на недоразумѣніи. Всѣ тѣ, кто подобно итальянцамъ, Лорану и Броше ипостазировали совокупность случаевъ, когда въ силу крѣпости привязки примѣняются туземные законы, и объясняли ихъ вѣтвями публичнаго порядка, въ сущности не давали никакого объясненія, потому что въ ихъ пониманіи публичный порядокъ не что иное, какъ просто правопорядокъ. Варейль-Соммьеръ и Канъ почти въ одно время пока-

¹⁾ Известно, что D'Аржантре производилъ territorium отъ terreri.

зали, первый, что *публичный* порядок и впрямь не может быть ничѣмъ инымъ, какъ тѣмъ, что всѣ разумѣютъ подъ *правопорядкомъ*, а второй, что такъ думаютъ и сами адепты якобы специфически *конфликтноправового* публичнаго порядка. Въ устахъ всякаго юриста, думаетъ первый, публичный порядокъ есть тотъ порядокъ отношеній, который установленъ или поддерживается по соображеніямъ объ общемъ благѣ; а такъ какъ онъ поддерживается всею совокупностью законовъ, то слѣдуетъ признать, что нѣтъ закона, который (по крайней мѣрѣ по своей цѣли или назначенію) не служилъ бы общему благу и не входилъ бы въ категорію публичнаго порядка. Сказать, что личный статутъ иностранца отступаетъ назадъ только предъ туземными законами публичнаго порядка, значитъ допустить, что существуютъ законы, которые не суть законы публичнаго порядка, т. е. изданы не ради общаго блага, внушены не общимъ интересомъ; но это опрокидываетъ всѣ наши представленія о законѣ. На самомъ дѣлѣ общее благо не требуетъ вовсе, чтобы въ иностранцамъ примѣнялись наши законы о состояніи, или, выражаясь иначе, публичный порядокъ требуетъ, чтобы эти законы въ нихъ не примѣнялись. Но этотъ публичный порядокъ есть не что иное, какъ воля самого законодателя, которая одна только и обязательна для судьи; законодатель, а не судья, рѣшаетъ, что нужно для общаго блага, и на него, а не на судью, ложится обязанность заботиться объ этомъ благѣ; отсюда, чтобы знать, примѣняется ли въ данномъ случаѣ иностранный законъ или нѣтъ, судья долженъ справляться не со своими представленіями объ общемъ благѣ, а съ волею законодателя. Обыкновенно онъ такъ и дѣлаетъ и тѣмъ самымъ исполняетъ не то, что велитъ нѣкій специфическій и таинственный публичный порядокъ, а просто то, что предписываетъ законъ или *правопорядокъ* ¹⁾. И это самое незамѣтно для себя говорятъ всѣ тѣ, кто успокаиваются на созданіи категоріи *ordre public international*. Такъ, Деспанье говорить: характеръ этихъ законовъ обнаруживается

¹⁾ Varennes-Sommières. La synthèse du droit international privé, II, pp. 120 ss.

изъ изученія мысли законодателя и общихъ принциповъ, прямо или молчаливо освященныхъ въ каждой странѣ конституціей, законами и нравами (р. 215). Или Вейсъ: судья обязанъ различать нормы международного публичнаго порядка отъ другихъ; для этого онъ обязанъ вникать въ ихъ духъ и изслѣдовать, каково было намѣреніе законодателя, который ихъ издалъ (р. 94). Т. е., чтобы знать, относится ли законъ къ *ordre public international*, судья долженъ знать, велитъ ли законодатель или правопорядокъ примѣнить въ данномъ случаѣ туземный законъ. Какой же толкъ въ ярлыкѣ „публичный порядокъ“, если остается все тотъ же вопросъ, когда именно законодатель хочетъ, чтобы были примѣнены туземные законы? Какъ синонимъ „требованія законодателя“, публичный порядокъ господствуетъ во всѣхъ отрасляхъ права, не только въ конфликтномъ правѣ; это то, что называютъ высшимъ принципомъ права, цѣлью въ правѣ, идеей права¹⁾. Въ корнѣ отсылки къ публичному порядку за отвѣтомъ о компетентной конфликтной нормѣ лежитъ повтореніе большаго общаго мѣста, трюизма, — что надлежитъ справляться съ волею законодателя. Насъ поводили по лѣсу и привели къ тому же мѣсту; но мы уже до начала нашихъ странствій знали, что надо слушаться своего законодателя.

Это — упрекъ по адресу Броше и его единомышленниковъ. А что сказать о тѣхъ, кто, какъ Бартенъ, оживили идею Савиньи и рѣшили, что законы публичнаго порядка — только тѣ, которые вносятъ исключеніе въ правило, по которому компетентенъ иностранный законъ (*leges fori*)? Благодаря тому же Кану стало ясно, что и въ этомъ значеніи публичный порядокъ есть не болѣе какъ подушка, на которой засыпаютъ лѣнливые умы. И дѣйствительно: выше уже выяснилось, что нѣтъ возможности выдѣлить нѣкоторые материальноправовыя нормы въ особую группу, какъ специфическіе законы публичнаго порядка, потому что тѣ законы, которые все-таки собираются подъ этимъ ярлыкомъ, не имѣютъ общаго признака по своему *содержанію*. Но точно

¹⁾ Kahn, *op. cit.* p. 74.

такъ же у нихъ нѣтъ общаго признака по ихъ *конфликтному эффекту*; образовавъ изъ нихъ особую группу, мы ничего не узнаемъ еще о томъ, какъ предпринять поступить съ ними коллизіонная норма, потому что для этого надо знать, существуетъ ли для ихъ примѣненія соотвѣтствующая привязка. И потому можно сказать, что „публичный порядокъ“ есть еще неизвѣстная и не готовая часть международнаго частнаго права“, складочное мѣсто, гдѣ прилежный искатель найдетъ большой запасъ новыхъ коллизіонныхъ нормъ. Всякій разъ, когда въ дѣйствующее конфликтное правило нужно ввести исключеніе, т. е. образовать новую болѣе специальную конфликтную норму, или вообще измѣнить или преобразовать существующую норму, говорить по застарѣлой привычкѣ, что это дѣлается во имя публичнаго порядка. На самомъ дѣлѣ съ одинаковымъ основаніемъ можно говорить, что публичнымъ порядкомъ диктуется существованіе и правила, и исключенія. Необходимость установленія исключеній есть послѣдствіе того, что „обыкновенно законодательства и теорія, выставляя общія коллизіонныя нормы, дѣйствовали недостаточно критически и осторожно“. Коллизіонную норму можно формулировать двояко: или такъ, чтобы она опредѣляла всего на все, въ какихъ случаяхъ дѣйствуетъ туземный законъ (примѣръ: ст. 18 ЕГ. з. BGB.: „законность рожденія обсуждается по германскимъ законамъ, если мужъ матери былъ въ моментъ рожденія дитяти германцемъ“; статья не говоритъ, какъ обсуждается законность рожденія, если мужъ былъ иностранцемъ), или же такъ, что она опредѣляетъ, какое иностранное законодательство компетентно, когда туземный законъ не примѣняется (примѣръ: ст. 7¹ ЕГ.: „способность лица къ сдѣлкамъ обсуждается по законамъ государства, которому лицо принадлежитъ“; т. е. не только способность германцевъ должна обсуждаться по германскимъ законамъ, но и способность англичанъ и т. д. по англійскимъ законамъ и т. д.). Нормы второго рода („генеральныя“ по Цительману, „совершенныя“ по Нимейеру, „пограничныя“ по Кану) вызываютъ необходимость въ „ограничительной интерпретаціи“; всѣ онѣ имѣютъ субси-

діарний и относительный характеръ. *Субсидіарный* въ томъ смыслѣ, что онѣ мирятся съ образованіемъ отступающихъ отъ нихъ спеціальныхъ нормъ. Такъ, напримѣръ: ст. 3 § 3 с. civ., согласно доктринѣ, изъ „несовершенной“ или „индивидуальной“ нормы: „законы о состояніи и способности управляютъ *французами*, находящимися за границей“, превратилась въ „пограничную“ норму: „состояніе и способность всякаго *лица* опредѣляется по національнымъ законамъ“; но судебная практика ввела отступленіе на тотъ случай, если иностранецъ скрылъ отъ своего контрагента свою неспособность; съ появленіемъ этой спеціальной нормы (во имя публичнаго порядка!), общая норма ст. 3 § 3 приобрѣла субсидіарный характеръ. *Относительность* же всякой пограничной нормы вытекаетъ изъ того, что она „питается, живетъ и растетъ на опредѣленно конкретной почвѣ территориально различныхъ матеріально-правовыхъ нормъ; для правильнаго толкованія любой пограничной нормы нужно сравнительноправовое испытаніе сталкивающихся матеріально-правовыхъ нормъ“. Такъ, напр., пограничная норма, въ силу которой условія для вступленія въ бракъ опредѣляются національнымъ закономъ каждаго изъ брачащихся, можетъ дѣйствовать безъ оговорокъ, пока сталкиваются законы государствъ европейской культуры; но очевидно, что эта норма не годится, когда на территоріи одного изъ такихъ государствъ хотять вступить въ бракъ 7-лѣтніе индусы; слѣдовательно, нужно искать, какова должна быть коллизіонная норма при столкновеніи съ закономъ страны иной культуры.

Какъ на примѣрѣ широко взятой пограничной нормы можно остановиться на правилѣ, что „имущественныя отношенія супруговъ опредѣляются ихъ національнымъ закономъ“. Такая норма могла быть формулирована только потому, что при этомъ думали исключительно объ отношеніяхъ между самими супругами. Вслѣдствіе этого, когда столкнутся матеріальные законы, изъ которыхъ одинъ разрѣшаетъ измѣнять брачные договоры послѣ заключенія брака, а другой запрещаетъ это,—то не будетъ препятствія къ тому, чтобы сохранилъ свое дѣйствіе національный законъ супруговъ. Но,

когда столкнутся матеріальныя законы, изъ которыхъ одинъ предписываетъ дѣлать публикаціи о всякомъ брачномъ договорѣ, отступающемъ отъ законнаго порядка имущественныхъ отношеній между супругами, а другой такихъ публикацій не требуетъ, то очевидно, что національный законъ супруговъ долженъ будетъ отступить предъ туземнымъ. Броше и Бартенъ одинаково сказали бы, что такое разрѣшеніе второго конфликта объясняется требованіемъ публичнаго порядка. Истинное объясненіе, согласно Кану, въ другомъ. Въ первомъ случаѣ матеріальныя нормы задѣваютъ ту самую точку общественнаго порядка, которую имѣли въ виду издатели широкой пограничной нормы,—отношенія между супругами; во второмъ—матеріальныя нормы задѣваютъ совсѣмъ другую точку того же общественнаго порядка—права кредиторовъ. Общественный интересъ, защищаемый матеріальными нормами второго рода, *не тотъ*, который защищается нормами первого рода, и потому для примѣненія тѣхъ и другихъ нужны *разныя привязки*; оттого и конфликтныя нормы должны быть разныя. Сами по себѣ и тѣ, и другіе законы относятся къ публичному порядку, и ни одинъ изъ нихъ не требуетъ абсолютнаго примѣненія.

Такимъ образомъ, прогрессъ науки конфликтнаго права и законодательнаго творчества связанъ съ изгнаніемъ ничего не говорящаго въ этой области понятія публичнаго порядка и съ замѣной его рядомъ спеціальныхъ коллизіонныхъ нормъ, вносящихъ поправки и ограниченія въ тѣ немногія нормы общаго содержанія, которыми столь долгое время довольствовались какъ теоретики, такъ и практики. За Францемъ Каномъ, показавшимъ все это, останется слава піонера въ этой труднѣйшей области правовѣдѣнія. Здѣсь сдѣлана попытка передать и выяснить его воззрѣнія, изложенныя въ статьѣ, конецъ которой носить программный характеръ и какъ бы написанъ на-спѣхъ, и которая вообще предъявляетъ большія требованія къ своему читателю въ отношеніи спеціальной подготовки къ ея усвоенію и въ отношеніи вниманія; достаточно сказать, что и нѣмецкіе юристы ¹⁾ замѣчаютъ:

¹⁾ Niemeyer. Das internationale Privatrecht, 1901 p. 100.

„такъ я его понять“ или „я понимаю его не такъ, какъ другіе“. Въ русской литературѣ Канъ нашелъ послѣдователя въ лицѣ А. А. Пиленко, работа котораго ¹⁾ во много разъ и безъ достаточнаго основанія превосходитъ произведение Кана по трудности уразумѣнія ея содержанія.

Въ работѣ А. А. Пиленко останутся навсегда цѣнными собранныя съ большимъ стараніемъ мнѣнія свободныхъ юристовъ и судебныхъ рѣшенія, съ помощью которыхъ можетъ быть отлично разъяснено значеніе соотвѣтствующей привязки для разрѣшенія конфликтнаго вопроса, хотя самъ г. Пиленко ни на понятіи привязки, ни на этомъ значеніи не останавливается вовсе. Такъ, напр., по поводу биржевыхъ сдѣлокъ на разницу мы узнаемъ, что въ Швейцаріи, гдѣ по ст. 512 обязат. пр. такіа сдѣлки недѣйствительны, судъ отвергаетъ всякіе иски, хотя бы вытекающіе изъ сдѣлокъ, заключенныхъ въ странѣ, гдѣ онѣ дѣйствительны (т. е. рѣшающее значеніе получаетъ привязка къ форуму); что Роленъ, взявшій случай, когда сдѣлка была заключена въ странѣ, гдѣ она дозволена, и когда отвѣтчикъ перебрался въ Бельгію, гдѣ она запрещена, только для того, чтобы не заплатить своего долга, — стоитъ за то, чтобы искъ былъ удовлетворенъ, потому что обѣ стороны одной національности (т. е. рѣшающее значеніе получаетъ привязка въ видѣ подданства); что Jitta высказывается за то, чтобы не отказывать въ искѣ, если сдѣлка заключена въ странѣ, гдѣ она дозволена, но между лицами, которыя не домицилированы въ странѣ форума (т. е. что рѣшающее значеніе имѣетъ привязка къ мѣсту заключенія сдѣлки), и т. д. Такая же тщательная работа продѣлана по отношенію къ законамъ, ограничивающимъ размѣръ процента по займу, и такъ же можно наблюсти, какъ въ зависимости отъ свойства привязки признается компетентнымъ то *lex fori*, то *lex loci contractus*. Но всѣ эти и имъ подобныя детальныя изслѣдованія, возможныя на основаніи собранныхъ авторомъ матеріаловъ, но имъ самимъ не сдѣланныя, мало содѣйствуютъ пропагандѣ воззрѣній Кана, потому что А. А.

¹⁾ Пиленко. Очерки по систематикѣ частнаго международнаго права, 1911, стр. 58—218.

Пиленко, признавая, что „указанный авторъ движется въ значительной степени въ той же плоскости, что и онъ (Канъ умеръ въ 1904 г., а книга г. Пиленко помѣчена 1911 г.)“, и что „дальнѣйшія его разсужденія являются, строго говоря, лишь разработкой тѣхъ основныхъ принциповъ, которые намѣчены у Кана (стр. 87)“, старается отмежеваться отъ своего предшественника своеобразной терминологіей и въ стремленіи отстоять свою оригинальность объявляетъ, что принимаемая имъ провѣрка идеи „экстраординарности“ публичнаго порядка „должна поставить его въ оппозицію со всей европейской судебной практикой и съ такими свѣтилами конфликтнаго права, какъ Савиньи, Бартенъ и . . . Канъ (!) (стр. 94)“. Читатель знаетъ, что въ изучаемомъ вопросѣ первыя два имени нельзя ставить въ рядъ единомышленниковъ Кана и что ни Савиньи, ни Бартенъ не говорили, будто „публичный порядокъ имѣетъ характеръ экстраординарнаго исключенія“. Они говорили, что существуютъ туземные законы, которые въ видѣ исключенія примѣняются въ то время, когда по правилу слѣдовало бы примѣнить иностранный законъ, и называли эти законы,—одинъ „стро-го-положительными“, другой „законами публичнаго порядка“; объ „экстраординарности“ нѣтъ рѣчи ни у того, ни у другого. Но экстраординарными считаютъ такого рода туземные законы всѣ тѣ, кто ищетъ объясненія факта нарушенія принципа, въ силу котораго компетентенъ иностранный законъ, въ томъ, что эти туземные законы особенно *важны* для государства или общества; экстраординарность ихъ лежитъ будто-бы въ ихъ важности. Вслѣдъ за Каномъ А. А. Пиленко доказываетъ, что эти законы вовсе не важны, но выражается такъ: „экстраординарность этихъ нормъ не проявляется въ ихъ содержаніи“. Тезисъ Кана, что при отсутствіи надлежащей привязки не будетъ примѣненъ ни одинъ, хотя бы и чрезвычайной важности законъ, выраженъ такъ: экстраординарность не проявляется въ предѣлахъ примѣненія нормы (стр. 94); законы публичнаго порядка примѣняются въ самыхъ разнообразныхъ комбинаціяхъ мѣста и лица (стр. 116); невѣрно, будто эти законы „примѣняются

ко всѣмъ процессамъ, восходящимъ на усмотрѣніе даннаго судьи (стр. 117)". Въмѣсто того, чтобы сказать, что судья отнюдь не обязанъ примѣнять такого рода законъ всегда, а только когда для этого существуетъ достаточное основаніе въ привязкѣ, авторъ говоритъ, что „нормы публичнаго порядка не имѣютъ никакого специфическаго, имѣть только свойственнаго, экстраординарнаго объема (стр. 156)". Загадочными представляются на первый взглядъ „аргументы“, что „ordre public можетъ принимать коллизіонную форму“, что „коллизіонныя нормы могутъ переходить въ ту формулировку, которая называется ordre public“, и что „нормы публичнаго порядка происходятъ изъ того же источника, что и нормы коллизіонныя“. Но при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что это то самое, что сказали Варейль-Сомьеръ и Канъ, говори, что всякая норма примѣняется потому, что этого хочетъ законодатель, и что, хотя бы судья и считалъ иностранную норму противорѣчащей его публичному порядку, онъ обязанъ ее примѣнить, если этого хочетъ законодатель. И, наконецъ, А. А. Пиленко называетъ ordre public „коллизіоннымъ эмбриономъ (стр. 188)“, понятіемъ ранѣе незамѣченнаго нарушенія компетенціи своего закона, и замѣчаетъ, что не слѣдуетъ устанавливать такіе широкіе объемы чужихъ нормъ, которые содержатъ въ себѣ захватъ части компетенціи нашего закона (стр. 213). Это то самое, что Канъ сказалъ, называя публичный порядокъ еще не разработанной частью международнаго частнаго права, и что можетъ быть выражено болѣе просто такъ, что, если бы коллизіонныя нормы редактировались осмотрительнѣе, т. е. если бы въ нихъ говорилось только о тѣхъ случаяхъ, когда примѣняется туземный законъ, то не для чего было бы послѣ, когда норма говоритъ о примѣненіи иностраннаго закона, бить отбой и создавать исключенія во имя ordre public. Для науки работа А. А. Пиленко была бы много плодотворнѣе, если бы талантливый авторъ просто пересказалъ и развилъ ученіе Кана, а не стремился во что бы то ни стало къ оригинальности, которая вѣдь есть только даръ небесъ, а не плодъ усилій. Быть можетъ, тогда авторъ уберется бы отъ

объясненія „шума вокругъ понятія“ публичнаго порядка тѣмъ, что вообще конфликтныя нормы диктуются международнымъ правомъ, тогда какъ нормы публичнаго порядка, какъ исключенія, диктуются туземнымъ правомъ (стр. 203); потому что въ такомъ случаѣ вѣрные положенія, которыми авторъ обязанъ тому же Кану,—что источникомъ нормъ публичнаго порядка является воля законодателя (стр. 184) и что въ этихъ нормахъ нѣтъ ничего экстраординарнаго, разрушаются тѣмъ самымъ, что авторъ признаетъ ихъ экстраординарность, какъ нормъ, исходящихъ отъ туземнаго законодателя въ „оппозиціи“ международному праву.

XVI.

Публичный порядокъ въ конфликтномъ правѣ не эмбрионъ, а *moriturus*, потому что ему предстоитъ не жизнь, а гибель. Процессъ исчезновенія его изъ законодательства начался благодаря гаагскимъ конференціямъ 1893, 1894, 1900 и 1904 г.г. о кодификаціи международного частнаго права.

Уже на первой изъ нихъ французскій делегатъ Renault возсталъ противъ общей формулы объ устраненіи національнаго закона (при обсужденіи условій для вступленія въ бракъ) по соображеніямъ публичнаго порядка. „Если поминутно выдвигать публичное право и публичный порядокъ, не давая болѣе точныхъ опредѣленій, то никогда не добьешься развязки; чтобы сдѣлать шагъ впередъ, необходимо устранить общія формулы и указать ограничительно тѣ случаи, въ которыхъ публичный порядокъ страны не позволяетъ примѣнять иностранный законъ¹⁾“. На второй конференціи германскій делегатъ Seckendorff, опредѣливъ понятіе публичнаго порядка, какъ самый правовѣрный послѣдователь Броше и Лорана („съ точки зрѣнія внутренняго права „публичный порядокъ“ объемлетъ совокупность законовъ, отъ которыхъ граждане не могутъ отступать путемъ частныхъ соглашеній; въ этой совокупности сто-

¹⁾ Actes de la Conférence de la Haye chargée de régler diverses matières de droit international privé (12—27 sept. 1893), I, p. 41.

ять особо законы, которые самъ законодатель не можетъ измѣнить безъ того, чтобы перемѣнить, потрясти или разрушить социальный или конституціонный порядокъ своей страны; эти послѣдніе законы одни суть *d'ordre public* съ международной точки зрѣнія¹⁾), добавилъ, что „различіе между внутреннимъ и внѣшнимъ публичными порядками можетъ давать въ каждой специальной юридической матеріи поводъ для сомнѣній и произвольныхъ оцѣнокъ; отсюда огромная польза для увѣренности частныхъ интересовъ въ специализаціи и въ унификаціи того, что есть публичный порядокъ въ отношеніи иностранныхъ законовъ¹⁾“. На той же конференціи при обсужденіи проекта конвенціи по наследственному праву делегаты разошлись по вопросу о редакціи статьи, вносящей ограниченіе въ дѣйствіе національнаго закона наследодателя. Комиссія предложила сказать въ ст. 11, что „независимо отъ предшествующія статьи, суды могутъ не считаться съ иностранными законами, если ихъ примѣненіе имѣло бы результатомъ нарушеніе публичнаго права страны или добрыхъ нравовъ“. Но меньшинство той же комиссіи предложило текстъ, въ которомъ послѣ словъ „публичнаго права страны“ значилось: „или законовъ о субституціяхъ и фидеикоммиссахъ, о правоспособности юридическихъ лицъ, о свободѣ и равенствѣ лицъ, объ устраненіи недостойныхъ наследниковъ, объ единобрачій, о правахъ внѣбрачныхъ дѣтей“. По этому поводу бельгійскій делегатъ Веекманъ, находя, что нужно дать точное опредѣленіе границъ дѣйствія публичнаго порядка, высказался за подробное перечисленіе меньшинства; швейцарскій делегатъ Роггипъ замѣтилъ, что все дѣло конференціи окажется почти празднымъ, если не дать точнаго обозначенія, какіе законы считаются относящимися къ публичному порядку или къ социальному интересу. Но русскій делегатъ проф. Мартенсъ, соглашаясь, что понятія „публичный порядокъ“ и „добрые нравы“ ведутъ къ большому злоупотребленіямъ, высказался за то, чтобы оставить неприкосновеннымъ право интерпретаціи судовъ. Въ результатѣ голосованія текстъ меньшинства

¹⁾ Actes de la deuxième conférence etc... 1894, p. 52.

былъ принятъ 9 голосами противъ 3 при 3 воздержавшихся ¹⁾. На третьей конференціи комиссія предложила новый текстъ ²⁾, близкій къ тому, который окончательно принятъ на четвертой въ ст. 6; въ ней нѣтъ того перечня, который, конечно, никогда не можетъ быть исчерпывающимъ; она дѣлаетъ оговорку о „примѣненіи территоріальныхъ законовъ, которые имѣютъ исключительную цѣлю предупрежденіе раздѣла сельскихъ имуществъ, и о примѣненіи законовъ о недвижимостяхъ, поставленныхъ подъ спеціальный поземельный режимъ (§ 1)“; сверхъ того „сохраняется право каждаго государства примѣнять туземные повелительные или запретительные законы о такихъ предметахъ, которые будутъ съ общаго согласія державъ указаны въ дополнительномъ протоколѣ, подлежащемъ ратификаціи одновременно съ конвенціей (§ 2)“³⁾. „Чтобы воспользоваться оговорками § 1 и § 2, каждое правительство должно сообщить правительству Нидерландовъ перечень тѣхъ законовъ, которые, въ отступленіе отъ правилъ конвенціи, будутъ примѣняться ко всѣмъ наслѣдствамъ, въ томъ числѣ и послѣ подданныхъ договорившихся государствъ“; нидерландское правительство должно передать этотъ перечень другимъ государствамъ ³⁾.

Если этотъ проектъ конвенціи когда нибудь получитъ силу закона, то во всѣхъ договорившихся государствахъ упадетъ возможность устранять дѣйствіе національнаго закона наслѣдодателя подъ предлогомъ противорѣчія публичному порядку страны; это понятіе исчезнетъ изъ сферы конфликтовъ по поводу правоотношеній наслѣдственного права. Пока, благодаря конвенціямъ, уже ратификованнымъ, оно исчезло, по крайней мѣрѣ въ предѣлахъ дѣйствія конвенцій, изъ сферы брачнаго права и изъ области сношеній между судами.

По конвенціи для регулированія конфликтовъ между законами о бракѣ, ратификованной 10 державами (Германіей, Бельгіей, Франціей, Люксембургомъ, Нидерландами, Румыніей, Швеціей, Швейцаріей, Италіей и Португаліей), право на всту-

¹⁾ Ibid., pp. 129, 123.

²⁾ Actes de la troisième conférence etc, 1900 p. 123, art. 8.

³⁾ Actes de la quatrième conférence, etc. 1904 p. 136.

пление въ бракъ опредѣляется національнымъ закономъ каждаго изъ будущихъ супруговъ (ст. 1). Но, по ст. 2, законъ мѣста заключенія брака можетъ запретить бракъ иностранцевъ, если его заключеніе противорѣчитъ предписаніямъ: 1), о степеняхъ родства или свойства, для которыхъ существуетъ абсолютное запрещеніе,—т. е. такое, которое не можетъ быть устранено диспенсіей; 2), объ абсолютномъ запрещеніи брака между соучастниками прелюбодѣянія, изъ за котораго расторгнуть бракъ одного изъ нихъ; 3), объ абсолютномъ запрещеніи брака между лицами, осужденными за совмѣстное покушеніе на жизнь супруга одного изъ нихъ. Въ силу § 1, въ Швейцаріи, напр., не допустить брака германцевъ дяди и племянницы, а въ Италіи, гдѣ возможна диспенсія, должны его допустить. Въ силу § 2, въ Нидерландахъ, напр., не допустить брака между французами, соучастниками прелюбодѣянія, а въ Германіи, гдѣ возможна диспенсія, его допустить. Въ силу § 3 въ Португаліи, напр., не допустить брака между французами, сообщниками покушенія на жизнь супруга одного изъ нихъ. Далѣе, по той же ст. 2, государство можетъ не допустить второго брака иностранцевъ, если оно вообще не допускаетъ развода, и можетъ не допустить брака вслѣдствіе препятствія религіознаго характера. И это все. Къ этимъ пяти исключеніямъ свелся весь пресловутый *ordre public*, какъ хранилище запретительныхъ законовъ. Ни на какомъ другомъ основаніи, кромѣ одного изъ этихъ пяти, нельзя помѣшать иностранцамъ вступить въ бракъ, если для этого нѣтъ препятствій въ національномъ законѣ супруговъ. Ссылка для этого или для опороженія на судъ уже заключеннаго брака на „добрыя нравы“ или „публичный порядокъ“, которые будто бы оскорблены фактомъ заключенія брака на территоріи чинovníка гражданскаго состоянія или суда, не допустима. Понятно безъ объясненій, насколько благодаря этому увеличивается спокойствіе и увѣренность всѣхъ тѣхъ, кому можетъ случиться необходимость вступить въ бракъ за границей. Но только ссылка на *ordre public* не допускается лишь по отношенію къ подданнымъ договорившихся государствъ, такъ что для англичанъ или испанцевъ, напр., опасность натолкнуться

на нее остается въ полной мѣрѣ. Однако, можно съ увѣренностью сказать, что на практикѣ примѣненіе специальныхъ нормъ конвенціи будетъ имѣть послѣдствіемъ изгнаніе ссылки на публичный порядокъ по отношенію ко всѣмъ иностранцамъ ¹⁾).

Та же конвенція дѣлаетъ впредь невозможной и ссылку на публичный порядокъ для обратной цѣли,—для предоставленія иностранцамъ льготъ, противорѣчащихъ ихъ національному закону. По ст. 3 законъ мѣста заключенія брака можетъ позволять бракъ иностранцевъ, невзирая на препятствія со стороны національнаго закона, если эти препятствія исключительно религіознаго характера. Такъ, во Франціи могутъ позволить жениться португальцу монаху, но не могутъ позволить германцу, отданному подъ опеку за расточительность, жениться безъ согласія опекуна, и т. д. ²⁾).

Вторая конвенція, въ которой сознательно устранена изъ закона ссылка на публичный порядокъ,—объ эффектахъ брака на права и обязанности супруговъ въ ихъ личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ,—подписана въ Гаагѣ 17 іюля 1905 г. представителями Германіи, Франціи, Италіи, Нидерландовъ, Португаліи, Румыніи и Швеціи. Въ ст. 8 точно указано, что правила конвенціи не примѣняются къ недвижимостямъ, которыя по закону мѣста ихъ нахождения подлежатъ спеціальному поземельному режиму.

И, наконецъ, по конвенціи о судопроизводствѣ, вступившей въ силу съ 27 апрѣля 1909 г., и въ которой участвуетъ и Россія, судъ, получившій отъ иностраннаго суда порученіе доставить повѣстку или иную судебную бумагу и т. п., можетъ отклонить порученіе только въ строго опредѣленныхъ случаяхъ: когда исполненіемъ порученія были бы нарушены 1) государственный суверенитетъ и 2) безопасность государства. Подъ этимъ разумѣются столь рѣдкіе случаи, какъ а) вызовъ самого государя или государства на иностранный судъ, б) доставленіе анархической или безнравственной бумаги, в) доставленіе бунтовщическихъ актовъ и документовъ.

¹⁾ Buzzati, Trattato di diritto internazionale privato, Vol. I, 1907 p. 234.

²⁾ Idem, ibid. p. 219.

Но судъ не можетъ отклонить доставленіе повѣстокъ и документовъ частнымъ лицамъ на томъ основаніи, что иностранный судъ вовсе не компетентенъ разбирать данное дѣло или что вызовъ дѣлается по иску, который по *lex fori* вовсе не допускается (напр., разводъ, отысканіе отцовства). И здѣсь первоначально, на конференціи 1893 г., по ст. 8 проекта предполагалось предоставить суду право удостовѣряться, что исполненіе порученія не противно законамъ публичнаго порядка его страны ¹⁾.

Всего любопытнѣе отмѣтить эволюцію въ воззрѣніяхъ членовъ Института международного права. Въ 1882 г. они могли довольствоваться формулою: „ни въ какомъ случаѣ иностранные законы не могутъ быть признаваемы на территоріи другого государства, если они тамъ противорѣчатъ публичному праву или публичному порядку“. А въ 1910 г. то же ученое общество приняло слѣдующую резолюцію: „Институтъ выражаетъ желаніе, чтобы, во избѣжаніе неопредѣленности, ведущей къ судейскому произволу и тѣмъ самымъ вредящей интересамъ частныхъ лицъ, каждое законодательство опредѣляло со всею возможною точностью, какія изъ его нормъ никогда не будутъ устраниваться предъ иностраннымъ закономъ, хотя бы послѣдній и казался компетентнымъ для обсуждения даннаго правоотношенія. Въ частности желательно, чтобы въ каждой конвенціи по международному частному праву были точно указаны пункты, по которымъ въ каждомъ изъ договорившихся государствъ норма, относимая къ публичному порядку, можетъ противорѣчить принципамъ конвенціи ²⁾“.

Такъ можно ожидать, что современемъ мѣсто публичнаго порядка займутъ въ конфликтномъ правѣ точно опредѣленныя коллизіонныя нормы. Но, пока для юристовъ-догматиковъ остается въ полной силѣ обязанность путемъ интерпретаціи понятія „публичный порядокъ“ въ писанномъ законѣ обламывать остріе у оружія, пользуясь которымъ можно устра-

¹⁾ Actes etc. 1893. pp. 56, 57, 64, 66; 1894, p. 51; 1904, p. 84. Cf. Meili u. Mamelock, Das internationale Privatrecht etc. 1911, p. 328.

²⁾ Annuaire de l'Institut, 1910.

нить дѣйствіе любого иностраннаго закона или, иначе говоря, нарушить любое благопріобрѣтенное субъективное право.

XVII.

Образцомъ для этой работы юриста-догматика можетъ служить обработка въ германской комментаторской литературѣ аналогичныхъ понятій „добрые нравы“ и „цѣль германскаго закона“, вошедшихъ въ составъ защитной оговорки ст. 30 ЕГ. з. BGB. Знакомство съ этой обработкой важно для насъ потому, что въ ст. 17 проекта полож. о введ. въ дѣйст. гражд. улож. встрѣчаются тѣ же понятія: законы, противные дѣйствующему въ Имперіи закону, добрымъ нравамъ или общественному порядку.

Предварительно два слова объ оговоркѣ ст. 30 ЕГ. вообще. Въ ряду германскихъ коллизіонныхъ нормъ ст. 7—29 ЕГ. можно насчитать отъ 10 до 12 постановленій, коими въ отступленіе отъ правила, по которому можетъ оказаться компетентнымъ иностранный законъ, предписывается примѣненіе германскаго закона. Такъ, напр., ст. 12 *implicite* допускаетъ, что гражданская отвѣтственность за недозволенное дѣйствіе опредѣляется по *lex loci delicti*, но *explicite* постановляетъ, что, если такое недозволенное дѣйствіе совершилъ за границею германецъ, то требовать съ него можно не больше того, сколько допускается по германскому закону. Здѣсь идетъ рѣчь объ одномъ опредѣленномъ отношеніи—объ обязательствѣ возмѣстить ущербъ,—и о случаѣ, когда это отношеніе имѣетъ вполнѣ опредѣленную привязку къ Германіи: отвѣтчикъ—ея подданный. И то же въ другихъ статьяхъ. Въ отличіе отъ нихъ, оговорка ст. 30 имѣетъ въ виду всѣ правоотношенія и не предполагаетъ какую нибудь одну опредѣленную привязку къ германской территоріи ¹⁾.

Согласно этой оговоркѣ для устраненія иностраннаго закона нужно, во-первыхъ, чтобы его примѣненіе противорѣчило добрымъ нравамъ. Опредѣленіе того, что значитъ „до-

¹⁾ Habicht, *op. cit.* p. 232; Niemeyer, *op. cit.* pp. 102 ss.

брые нравы“, предоставлено доктринѣ; эту задачу постарался выполнить Цительманъ. Согласно объясненіямъ Габихта, противорѣчіе добрымъ правамъ не означаетъ непременно противорѣчія какому нибудь закону; возможно, что дѣло идетъ о такомъ явленіи, которое совершенно чуждо германскому правопорядку и потому вовсе не предусматрѣно закономъ. О противорѣчіи добрымъ правамъ можно говорить тогда, когда результатъ примѣненія иностраннаго закона шелъ бы, по германскимъ воззрѣніямъ, въ разрѣзъ съ предписаніемъ нравственности, признаваемымъ и германскимъ правопорядкомъ. Эффектъ примѣненія иностраннаго закона можетъ быть противенъ нравственности, если онъ создаетъ такое состояніе или право требованія такихъ дѣйствій (или воздержаній отъ дѣйствій), какія по самому своему содержанію безнравственны; напр., состояніе рабства, полигамія, бракъ въ близкихъ степеняхъ родства, насилія надъ женою. Или же нужно, чтобы, при допустимости состоянія или дѣйствія, безнравственность лежала въ возложеніи на себя обязательства къ созданію или исполненію его; напр., переходъ въ другую вѣру. Или возможно даже, что возложеніе на себя обязательства допустимо, но нравственнымъ воззрѣніямъ противно судебное понужденіе къ его исполненію, все равно, — прямое или косвенное (взысканіе неустойки), — напр., обязательство вступить въ бракъ. Или, наконецъ, исполненіе можетъ быть само по себѣ нравственно безразлично, но въ его основѣ можетъ лежать безнравственная сдѣлка. Для того, чтобы признать сдѣлку безнравственной, нужно справиться, при какихъ обстоятельствахъ она заключена. Сдѣлка, которая считалась бы безнравственной, если бы она была заключена въ Германіи, можетъ быть признана допустимой, если она заключена за границей при другихъ экономическихъ условіяхъ и нравственныхъ воззрѣніяхъ того круга, къ которому принадлежали ея участники. Съ другой стороны, требованіе нравственности можетъ быть строже, если эти участники германцы, потому что отъ нихъ можно требовать, чтобы они и за границей, по крайней мѣрѣ при сдѣлкахъ между собою, держались существующихъ въ отечествѣ нравственныхъ воззрѣній. Такимъ образомъ, про-

тиворѣчіе добрымъ правамъ можетъ быть разныхъ степеней, въ зависимости отъ различія привязки правоотношенія къ Германіи: существуютъ такія требованія нравственности, которыя германскій судья долженъ принять во вниманіе, хотя бы правоотношеніе было привязано къ Германіи только форумомъ; и существуютъ другія, которыя могутъ препятствовать примѣненію иностраннаго закона только при условіи, что правоотношеніе привязано къ Германіи еще чѣмъ-нибудь, а не только тѣмъ, что германскій судъ долженъ о немъ высказаться ¹⁾).

Во-вторыхъ, оговорка предполагаетъ, что примѣненіе иностраннаго закона противорѣчитъ цѣли, которая требуетъ, чтобы былъ примѣненъ германскій законъ матеріальнаго права. Нужно, чтобы германская матеріальная норма была рассчитана на то, что она можетъ быть примѣнена несмотря на то, что правоотношеніе имѣетъ такія привязки къ иностранной территоріи, вслѣдствіе которыхъ оно по „нормальнымъ“ коллизіоннымъ нормамъ подчинено господству иностраннаго закона. Другими словами, нужно, чтобы въ германской матеріальной нормѣ содержалась молчаливая коллизіонная норма, расширяющая сферу дѣйствія матеріальной нормы за тѣ предѣлы, которые ей поставлены „нормальными“ коллизіонными нормами. Имѣетъ ли матеріальная норма также и такое значеніе, это рѣшается толкованіемъ. Его можетъ имѣть не всякій, хотя бы принудительный или запретительный законъ. И такого рода законъ имѣетъ силу только для тѣхъ правоотношеній, которыя подчинены германскому правопорядку, и не можетъ быть презумпціи, будто онъ рассчитанъ на то, чтобы устранять иностранные законы и замѣнять ихъ собою и при такихъ правоотношеніяхъ, которыя по „нормальнымъ“ коллизіоннымъ нормамъ подчинены иностраннымъ законамъ. Напротивъ, нужно особое основаніе для того, чтобы, хотя и принудительный, законъ имѣлъ исключительный, въ конфликтноправовомъ смыслѣ, характеръ. Обыкновенно цѣль такого закона

¹⁾ Habicht, op. cit. pp. 233 ss.

только въ томъ, чтобы „нормальная“ коллизіонная норма отступала назадъ, когда на лицо опредѣленная привязка правоотношенія къ германской территоріи (но только это не та привязка, въ силу которой германскій законъ нормально компетентенъ), такъ что при отсутствіи этой привязки снова дѣйствуетъ та „нормальная“ коллизіонная норма, въ силу которой компетентенъ иностранный законъ. Такъ обстоитъ дѣло, напр., при упомянутой выше ст. 12 EG.: тамъ особая привязка къ германской территоріи (подданство отвѣтчика) пересиливаетъ ту общую привязку правоотношенія къ иностранной территоріи (*locus delicti*), которая „нормально“ опредѣляетъ компетентность иностраннаго закона,—пересиливаетъ и приводитъ къ примѣненію германскихъ законовъ. Какъ тамъ, такъ, на основаніи ст. 30 EG., и при тѣхъ германскихъ матеріальныхъ нормахъ, цѣль которыхъ указываетъ на расширеніе ихъ примѣнимости за обычные предѣлы, намѣчаемые конфликтнымъ правомъ,—нужно въ отдѣльности изслѣдовать, каковы должны быть привязки къ германской территоріи для того, чтобы тотъ иностранный законъ, который признанъ „нормальною“ коллизіонною нормою, пересталъ быть примѣнимымъ и чтобы сдѣлалась примѣнимою сама германская матеріальная норма. „Другими словами, ссыла на цѣль германскаго закона говорить нѣчто, лишенное содержанія¹⁾“; это содержаніе она получаетъ въ зависимости отъ привязки. Такъ, „нормально“ личныя, семейственныя и наслѣдственныя правоотношенія подчинены національному закону иностранца; но матеріальныя нормы BGB. объ этого рода правоотношеніяхъ могутъ предполагать, что domicilio или пребываніе иностранца въ Германіи представляютъ ту привязку, въ силу которой примѣнимы онѣ, эти матеріальныя нормы BGB., а собственно компетентный иностранный законъ устраняется; тогда какъ при отсутствіи той особой привязки нѣтъ основанія для устраненія иностраннаго закона и для примѣненія этихъ нормъ BGB. Напр., ст. 1666 BGB. о вмѣшательствѣ опекунскихъ учреждений

¹⁾ Niedner, Einführungsgesetz, 1901, S. 88.

въ отношенія родителей и дѣтей въ случаѣ злоупотребленія родительской властью, будетъ примѣнена и къ отцу-иностранцу, который имѣетъ домициль въ Германіи. Далѣе, при долговыхъ отношеніяхъ нормально компетентенъ, въ силу установившейся въ Германіи практики, законъ мѣста исполненія сдѣлки (*lex loci executionis*); оттого матеріальная норма BGV. можетъ быть и не компетентна (если сдѣлка подлежитъ исполненію не въ Германіи); но она можетъ становиться компетентной, вопреки тому, что сдѣлка должна быть исполнена за границей, если эта сдѣлка была заключена въ Германіи или если стороны—германцы или имѣютъ въ Германіи домициль, или должникъ пребываетъ здѣсь. Такъ, напр., ст. 766 BGV. требуетъ письменной формы поручительства; соотвѣтствовать цѣли этого закона будетъ такое требованіе и тогда, если германецъ поручился въ Германіи по договору, исполненіе котораго назначено за границей. Или по ст. 624 BGV. договоръ личнаго найма можетъ быть расторгнутъ по одностороннему заявленію по истеченіи 5 лѣтъ; этотъ законъ примѣнимъ въ пользу германца и тогда, когда договоръ долженъ быть исполненъ за границей, когда, слѣдовательно, вообще компетентно иностранное право. Но нѣтъ основанія думать, что цѣли этихъ двухъ законовъ будетъ соотвѣтствовать примѣненіе ихъ къ иностранцамъ въ томъ случаѣ, когда та и другая сдѣлки вообще подлежатъ дѣйствію иностранныхъ законовъ. Или, напр., по ст. 762 BGV. обязательство не возникаетъ путемъ игры или пари; противъ германца нельзя предъявить искъ изъ такого обязательства, даже если обязательство по обычнымъ коллизіоннымъ нормамъ подлежитъ дѣйствію иностраннаго закона. Габихтъ, у котораго заимствуются эти объясненія, замѣчаетъ, что только о немногихъ матеріальныхъ нормахъ можно сказать, что цѣль ихъ требуетъ столь строгой исключительности, что онѣ подлежатъ примѣненію даже при отсутствіи какой бы то ни было матеріальной привязки, и только потому, что правоотношеніе обсуждается германскимъ судомъ, т. е. только потому, что привязка къ германской территоріи создана процессомъ,— иначе говоря, какъ *lex fori*. Обыкновенно исключительность

матеріальной нормы, какъ *lex fori*, оправдывается тѣмъ, что отступленіе отъ нея противорѣчило бы „добрымъ нравамъ“; но основаніе исключительности, думаетъ этотъ комментаторъ, можетъ лежать и въ соображеніяхъ цѣлесообразности. Напр., законъ можетъ не допускать разсмотрѣнія извѣстныхъ исковъ, чтобы не ронять достоинства суда въ связи съ разслѣдованіемъ нѣкоторыхъ обстоятельствъ. Однако, комментаторъ самъ затрудняется привести примѣръ закона, взятаго въ BGB., и ссылается на ст. 340 *code civ.* (запрещеніе отыскиванія отцовства) ¹⁾.

Этими разъясненіями о „добрыхъ нравахъ“ и о „цѣли германскаго закона“, въ связи съ объясненіями смысла „примѣненія“, защитная оговорка ст. 30 EG. вводится въ тѣ рамки, которыя дѣлаютъ изъ нея средство защиты отъ дѣйствительной опасности для гражданскаго общества и лишаютъ возможности сослаться на нее, чтобы просто выкуривать пришельцевъ—иностранные законы—по субъективному нерасположенію къ нимъ. Для защитной операціи требуется юридическое основаніе, которое никогда не можетъ лежать въ одномъ содержаніи закона, но всегда въ наличности одной изъ четырехъ возможныхъ привязокъ правоотношенія къ территоріи. Одинъ изъ самыхъ раннихъ комментаторовъ ст. 30 EG., Нимейеръ, отнесся скептически къ новому критерию, введенному Цительманомъ и Каномъ, говоря, будто это „только точка зрѣнія, которая слѣдуетъ за казуистическимъ проведеніемъ ст. 30, но не ведетъ его ²⁾“. На это можно замѣтить, что безъ доброй воли исполнителей не могутъ осуществиться самыя безспорныя истины.

XVIII.

Обращаемся къ 707 ст. уст. гражд. суд., въ силу которой „договоры и акты, совершенные за границей, обсуждаются“ по законамъ мѣста совершенія . . . „если только заключающаяся въ нихъ сдѣлка не противна общественному

¹⁾ Habicht, *op. cit.* pp. 234—237.

²⁾ Niemeyer, *l. c.* p. 101.

порядку и не воспрещается законами Имперіи“. Что разумѣть подъ словами „общественный порядокъ“ тотъ, кто впервые начерталъ ихъ въ этой статьѣ? Косвенный отвѣтъ на это даетъ то обстоятельство, что ст. 707—709 производятъ впечатлѣніе чужероднаго элемента, случайно попавшаго въ главу о „постановленіи рѣшенія“. Стройный ходъ мыслей редактора этой главы съ 693 ст. былъ кѣмъ-то послѣ 706 ст. нарушенъ, логическая связь между 706 и 710 ст. разорвана, и между ними велинились эти три статьи объ иностранныхъ законахъ. Надо думать, что „общественный порядокъ“, какъ и всѣ три статьи въ цѣломъ, родился не въ нѣдрахъ комиссіи при Государственной Канцеляріи, выработавшей проектъ устава, а вошелъ въ уставъ путемъ механически произведенной вставки по инициативѣ кого-то, кто вспомнилъ объ иностранныхъ законахъ. Это указываетъ на то, что понятіе „общественный порядокъ“ могло быть взято изъ иностраннаго источника, гдѣ говорилось объ *ordre public*. Правда, слова „общественный порядокъ“ встрѣчались уже въ 1528 ст. 1 ч. X т. изд. 1857 года, которой соответствовала ст. 966 изд. 1832 года. Но источники этой статьи по П. С. З. этихъ словъ не знаютъ, такъ что, по всей вѣроятности, они сочинены были Сперанскимъ, который могъ взять ихъ изъ 6 ст. *code civil*. Такимъ образомъ, взялъ ли составитель 707 ст. „общественный порядокъ“ изъ иностраннаго источника непосредственно или справившись съ 1528 ст. 1 ч. X т.,—во всякомъ случаѣ эти слова вошли въ наше дѣйствующее законодательство благодаря существованію 6 ст. *code civil*. Они составляютъ переводъ *ordre public*, и потому къ нимъ относится все, что сказано выше о понятіи публичнаго порядка: точный смыслъ этихъ словъ неуловимъ, критерія для общественнаго порядка нѣтъ, присутствіе этого понятія въ законѣ опасно для законно-приобрѣтенныхъ за границею гражданскихъ правъ, и *de lege ferenda* можно желать, чтобы современемъ, когда наука конфликтнаго права въ Россіи соберетъ вокругъ себя большее число работниковъ, мѣсто этихъ двухъ словъ заняли опредѣленные конфликтныя нормы.

До тѣхъ поръ судъ имѣетъ предъ собою въ условномъ предложеніи 707 ст. защитную оговорку, которая по своей редакціи крайне устарѣла. Это и не мудрено, потому что она написана даже до того, какъ Баръ и Фіоре сдѣлали свои поправки. Судъ не получаетъ въ текстѣ статьи никакихъ указаній на то, что въ защитной оговоркѣ слѣдуетъ обращаться только при наличности соотвѣствующихъ привязокъ правоотношенія къ Россіи. Такъ, какъ 707 ст. написана, судъ можетъ отвергнуть актъ, составленный на основаніи иностранныхъ законовъ, даже когда этотъ актъ имѣетъ значеніе для рѣшенія только преюдиціального вопроса. Судъ можетъ отказаться признать парса, родившагося въ Индіи отъ кровосмѣсительнаго брака, законнымъ сыномъ своихъ родителей; можетъ уважить отводъ противъ рабовладѣльца, виндицирующаго украденный у него въ Африкѣ брилліантъ, и т. д. Можно надѣяться, что судъ этого не сдѣлаетъ, но текстъ 707 ст. не содержитъ никакихъ гарантій противъ возможности нарушенія благопріобрѣтенныхъ за границею правъ.

Рядомъ съ 707 ст. станетъ въ будущемъ статья пол. о введ. въ дѣйствіе гражданскаго уложенія, которая въ проектѣ редакціонной комиссіи пока значится какъ 17-ая: „совершенныя за границею сдѣлки, а также законы иностранныхъ государствъ... не могутъ имѣть никакой силы въ Имперіи, если они противны дѣйствующему въ Имперіи закону, добрымъ правамъ или общественному порядку“. Такимъ образомъ, къ сохраненному отъ научнаго кораблекрушенія „общественному порядку“ присоединяются взятые изъ ст. 30 ЕГ. „добрые нравы“, и добавляется „противность дѣйствующему въ Имперіи закону“. Это послѣднее добавленіе представляетъ явное ухудшеніе сравнительно съ „воспрещеніемъ законами Имперіи“ въ 707 ст. уст. гражд. суд., потому что въ этой послѣдней рѣчь идетъ только о сдѣлкахъ, совершенныхъ за границей, а въ 17 ст. проекта о сдѣлкахъ и объ иностранныхъ законахъ. А такъ какъ „дѣйствующему въ Имперіи закону“ противенъ всякій иностранный законъ, постановляющій противное, то постановленіе 17 ст. равносильно устраненію

всѣхъ иностранныхъ законовъ. Составитель статьи имѣлъ предъ глазами ст. 30 EG., гдѣ говорится о противорѣчіи иностраннаго закона *цѣм* туземнаго; это выраженіе не даетъ повода къ такому недоразумѣнію, какъ 17 ст. проекта. Изъ опубликованныхъ объясненій, извлеченныхъ изъ трудовъ редакціонной комиссіи ¹⁾, не видно, чтобы составитель считался съ тѣмъ, что за „общественнымъ порядкомъ и добрыми нравами“ стоитъ цѣлая проблема. „Каждое государство . . . имѣетъ свой уровень нравственности и свою систему общественнаго порядка и благочинія, и, если оно сохраняетъ ихъ отъ всякихъ покушеній со стороны своихъ подданныхъ, то естественно не можетъ допустить нарушенія ихъ въ своихъ предѣлахъ въ угоду иностранцамъ“. Это все та же ошибочная мысль, будто примѣненіе иностранныхъ законовъ равнозначаетъ съ примѣненіемъ ихъ къ иностранцамъ; и все та же увѣренность, что „система общественнаго порядка“ есть нѣчто, что всякій понимаетъ съ перваго слова. „Законы иностранные, допускающіе, напр., рабство, временные браки, полиандрію, продажу дѣтей и т. п., очевидно, должны быть исключены изъ общаго правила, позволяющаго примѣнять приличные (?) иностранные законы по вопросамъ о дѣеспособности, семейныхъ отношеніяхъ иностранцевъ и т. д.“. Само собою разумѣется, что наиръ съ Малабарскаго берега невозможно было бы сослаться на свой отечественный законъ, чтобы осуществить въ Россіи свои права, вытекающія изъ полиандрическаго брака; но, при всемъ неприличіи такого закона, судъ можетъ быть вынужденъ принять его въ соображеніе при разрѣшеніи преюдиціального вопроса. Если послѣ наира, побывавшаго на нижегородской ярмаркѣ, остался денежный вкладъ въ банкѣ, и на наслѣдство притязаютъ двое, изъ которыхъ одинъ сынъ сестры умершаго, а другой именуется себя сыномъ самого умершаго, то судъ не сможетъ поступить иначе, какъ признать, согласно наирскому закону, преимущественное право перваго; отъ того, что онъ напишетъ въ своемъ рѣшеніи,

¹⁾ Саатчіанъ, подъ редакціей Тютрюмова: Гражданское уложеніе, проектъ, т. I, 1910, стр. 12.

что у наировъ никто не знаетъ своего дѣйствительнаго отца, а наследуютъ только дѣти сестеръ, нашъ общественный порядокъ будетъ такъ же мало потрясенъ, какъ когда объ этомъ сообщаетъ профессоръ этнографіи своимъ слушателямъ. Конечно, если бы вся опасность отъ поспѣшной ссылки на общественный порядокъ ограничивалась такими проблематичными случаями, то не стоило бы на вопросъ останавливаться. Но предыдущія страницы показали истинное значеніе вопроса, и потому коренная переработка 17 ст. проекта, какъ, впрочемъ, и многихъ другихъ статей изъ цикла 4—16, представляющихъ проектъ кодификаціи русскаго конфликтнаго права, безъ сомнѣнія, станетъ въ свое время на очередь.

Годъ

Въ 1916 году

двадцать второй

„ЖУРНАЛЪ МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦІИ“

выходить ежемѣсячно, кромѣ іюля и августа, книгами въ объемѣ около 20 листовъ. Подписной годъ начинается съ января 1916 г.

Въ „Журналѣ“ печатаются: 1) Указанія и распоряженія правительства, приказы и циркуляры по вѣдомству Министерству Юстиціи; 2) Статьи по исторіи, теоріи и практической разработкѣ права и судопроизводства, особенно гражданскаго и уголовного; 3) Обзоръ текущей судебной практики, систематическія извлеченія изъ рѣшеній Гражданскаго и Уголовнаго Кассационныхъ Департаментовъ и Общаго Собранія Правительствующаго Сената; 4) Литературное обозрѣніе: критическіе отзывы о новыхъ книгахъ и брошюрахъ, русскихъ и иностранныхъ, библиографическій указатель юридической литературы, русской и иностранной; 5) Обзоръ иностраннаго законодательства: свѣдѣнія о новыхъ законахъ и законопроектахъ въ иностранныхъ государствахъ; 6) Письма изъ Англіи.

Подписная плата 9 рублей въ годъ съ доставкой и пересылкою. Отдѣльныя книги продаются по 1 рублю, съ приложеніями по 2 руб.

Должностныя лица, при подпискѣ черезъ назначеніе, пользуются разсрочкою до 1 рубля въ мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы вся уплата была произведена въ теченіе первыхъ 9 мѣсяцевъ каждаго года.

Всѣ прочіе подписчики, при подпискѣ исключительно въ Главной Конторѣ, пользуются разсрочкою до 2 рублей въ мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы вся уплата была произведена въ теченіе первыхъ пяти мѣсяцевъ каждаго года.

Кандидаты на должности по судебному вѣдомству, лица, оставленныя при университетахъ для приготовленія къ профессорскому званію, а также студенты Императорскихъ университетовъ и Демидовскаго Юридическаго Лицея, воспитанники Императорскихъ: Училища Правовѣдѣнія и Александровскаго Лицея и слушатели Военно-Юридической Академіи платятъ, — при подпискѣ въ Главной Конторѣ, — по 5 рублей въ годъ.

Книжные магазины пользуются за пріемъ подписки и объявленій уступкою 10%, за продажу отдѣльныхъ книгъ — 25%.

Главная контора: Книжный складъ М. М. Стасюлевича, Петроградъ, Васильевскій островъ, 5 линія д. 28.

Объявленія для напечатанія въ „Журналѣ“ принимаются въ Главной Конторѣ съ платою по расчету 30 копѣекъ за строчку, 8 рублей за страницу и 4 рубля за полстраницы; на 3-ей страницѣ обложкѣ 30 руб. за страницу, 15 руб. за полстраницы.

Редація Журнала Министерства Юстиціи находится въ Петроградѣ, по Екатерининской улицѣ, въ зданіи Министерства Юстиціи.

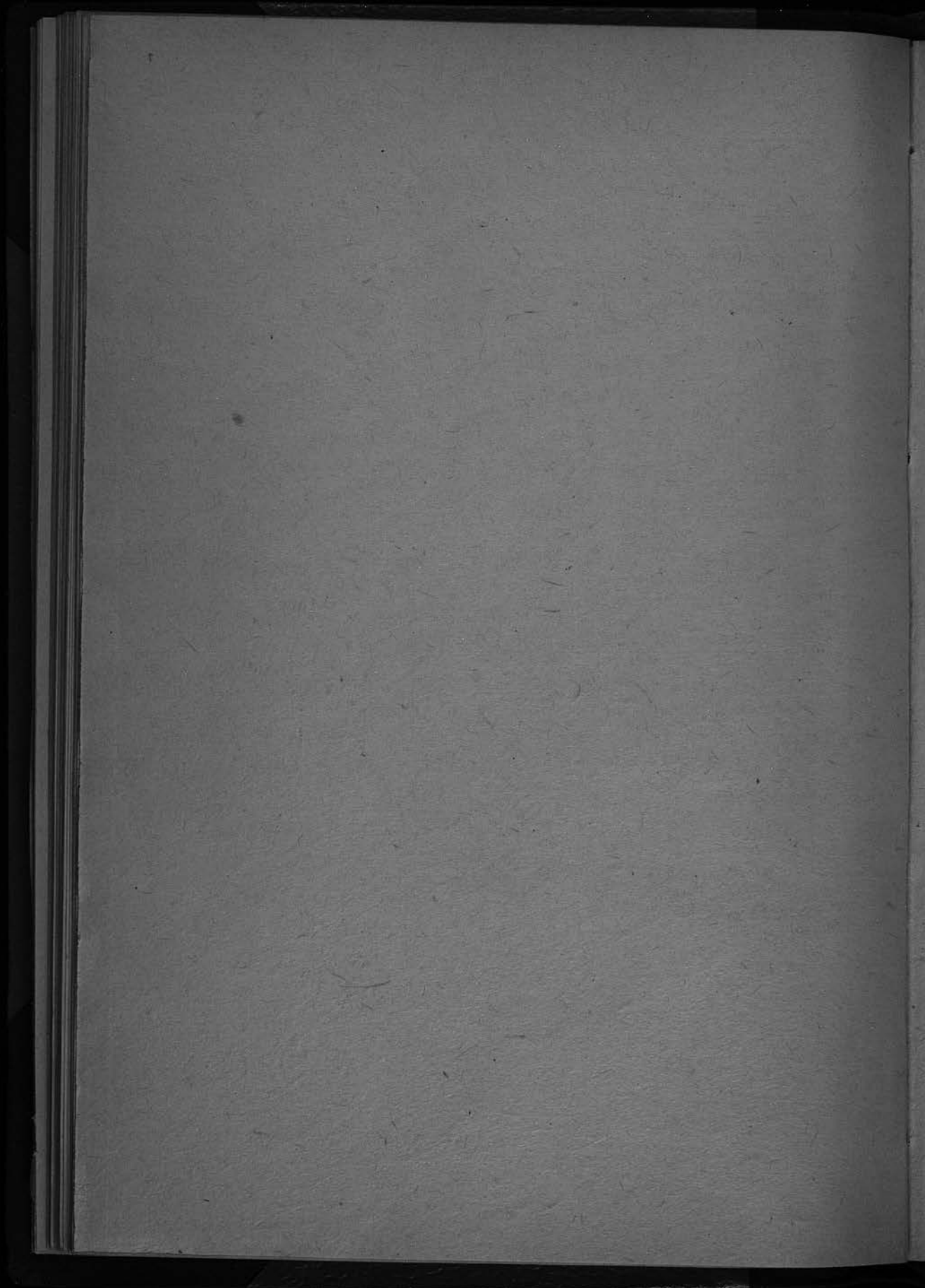
Редакторъ В. О. Дерюжинскій.

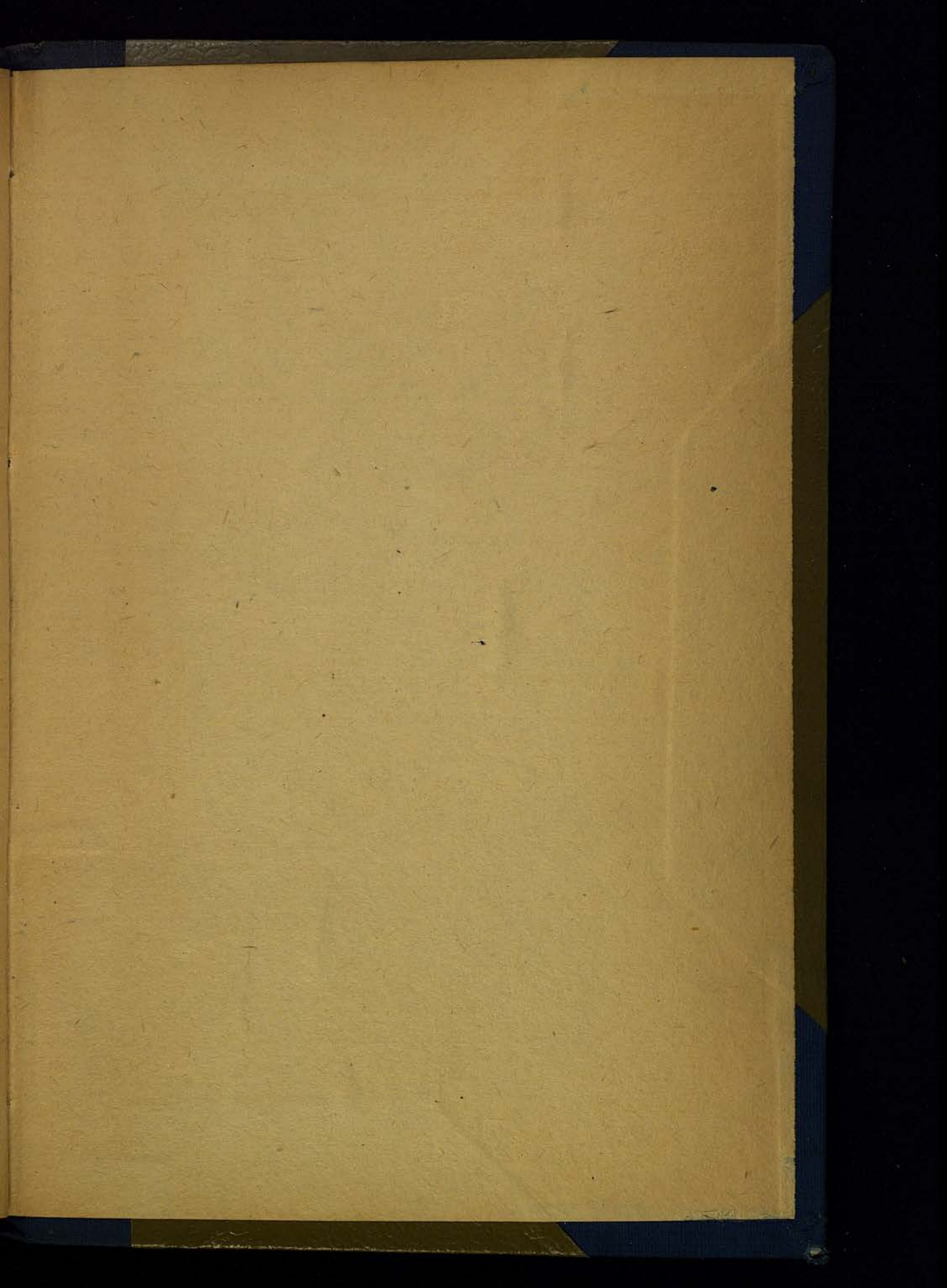
ТОГО ЖЕ АВТОРА:

1. Введение въ международное частное право. I. Опреѣленіе предмета. II. Задачи науки и ея методы. III. Отношеніе къ международному праву. IV. Отношеніе къ частному праву и мѣсто въ системѣ нормъ. Стр. 80. Петроградъ 1916 г. Цѣна 85 коп.
2. Очерки исторіи конфликтнаго права. I. Конфликтное право постгlossаторовъ (XIII—XV вв.). II. Теорія статутовъ (XVI—XVIII вв.). Стр. 106. М. 1915 г. Цѣна 1 р. 25 к.
3. О безвѣстномъ отсутствіи въ международномъ частномъ правѣ. Стр. 32. М. 1914 г. Цѣна 50 к.
4. Право- и дѣеспособность физическаго лица въ конфликтномъ правѣ. Стр. 100. М. 1915 г. Цѣна 1 р.
5. Юридическія лица въ международномъ частномъ правѣ. I. Личный статутъ юридическаго лица. Стр. 48. Петроградъ 1915 г. Цѣна 50 коп. II. Субъектность и право на судебную защиту. Стр. 79. Петроградъ 1915 г. Цѣна 75 к. III. Фикція или реальность? (Печатается).

Цѣна 1 рубль.

Складъ изданія въ кн. маг. ПРАВО, Петроградъ, Литейный пр. 28.





37.62.4.293